Beiträge zur Lehre von der Kommanditgesellschaft.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der hohen juristischen Facultät

der

Kgl. bayr. Friedrich-Alexanders-Universität

zu **Erlangen**

von

FRANZ REINHARDT

Kammergerichts-Referendar.

— 1896. —

Druck von Gierth & Lücke, Berlin N., Linien-Strasse 144.

Meinen lieben Eltern

in

Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Princip . . . . . S. 3.

§ 2. Die Einlage des Kommanditisten . . . . . S. 4.

§ 3. Die Stellung des Kommanditisten in Gesellschaftsprocessen S. 25.

§ 4. Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten . . . . S. 29.

§ 5. Die Haftung des Kommanditisten . . . . . S. 33.

§ 6. Die Stellung des Kommanditisten im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern . . . . . S. 42.

§ 7. Die Stellung des Kommanditisten bei Auflösung der Gesellschaft . . . . . S. 57.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0089

§ 1. Princip.

Die rechtliche Stellung des offenen Handelsgesellschafters und des Kommanditisten wird von einem Gegensatz beherrscht, welcher nicht bloss im Handelsrecht, sondern auch im deutschen Privatrecht eine grosse Rolle spielt, dem Gegensatz zwischen der rechtlichen Stellung nach aussen und nach innen. Dieser Gegensatz durchzieht, wie Brunner[1]) andeutet, das Handelsrecht und das deutsche Privatrecht in den verschiedenen Phasen seiner Entwickelung. Er ist also nicht etwa ein erst vom Handelsgesetzbuch erfundener, vielmehr ist er bei dem innigen Zusammenhang des Handelsrechts mit dem deutschen Privatrecht aus dem letzteren in das erstere herübergenommen. Das Handelsgesetzbuch hat dann dieses alte deutsche Rechtsprincip, welches zwar nicht verbis expressis im Gesetze statuirt, sondern nur in den einzelnen Anordnungen desselben enthalten ist, nur kodificirt und dadurch verschärft. Diese Unterscheidung ist für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft insofern von besonderer Bedeutung, als das Verhältnis der Gesellschafter nach aussen, d. h. dritten gegenüber mit ganz geringen Ausnahmen durch zwingendes Recht geregelt ist, während für die Stellung nach innen d. h.

[1]) Holtzendorffs Encyklopädie (4. Aufl.) S. 245.

der Gesellschaftler zu einander nur dispositive Rechtssätze zur Anwendung kommen. Der Gesetzgeber war also der Meinung, dass das Verhältnis nach aussen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs fest und unabänderlich geregelt sein müsse. Für das innere Verhältnis aber hat er eine derartige Regelung mit Recht für überflüssig erachtet und vielmehr seine Anordnungen den Interessenten als subsidiäres Normalstatut anheimgestellt. Dieser Grundsatz des Gesetzes hat seinen tieferen Grund in der Tendenz des Handelsverkehrs, diejenigen Vertragsbestimmungen der Handelsgesellschaften, welche für ihre Kreditwürdigkeit von Erheblichkeit sind, nach Möglichkeit der Oeffentlichkeit zugänglich zu machen und ihnen bei nicht veröffentlichter Aenderung zum Schutze der bona fides die Wirksamkeit zu versagen. — Derselbe ist aber auch, wie Laband[1]) hervorhebt, das Symptom eines tieferliegenden Gegensatzes: „Dispositive Rechtssätze können nicht das Wesen eines Rechtsinstituts betreffen", wohl aber zwingende Rechtssätze, welche die Essentialien eines Rechtsinstituts regeln. Somit ist die äussere Rechtsstellung des Kommanditisten und der anderen Handelsgesellschafter zugleich für den Begriff derselben wesentlich, während die rechtliche Stellung nach innen in dieser Hinsicht gleichgiltig ist.

§ 2. Die Einlage des Kommanditisten.

Das Handgesetzbuch fixiert den Unterschied zwischen dem Komplementar und dem Kommanditisten mit den Worten: Der Kommanditist beteilige sich an dem Handelsgewerbe

[1]) Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 30 S. 510.

der Gesellschaft nur mit einer Vermögenseinlage, wogegen bei den Komplementaren die Beteiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist. Diese Fassung des Gesetzes ist eine nicht ganz korrekte; denn das Entscheidende bildet nicht die Einlage — denn sonst müsste nach dem Wortlaut des Gesetzes der Komplementar sein ganzes Vermögen als Einlage bringen — sondern der Gegensatz beruht in dem Umfang der Haftung: Der Komplementar haftet unbeschränkt, der Kommanditist dagegen nur in beschränktem Masse. Das Wort „Einlage" trifft auch insofern nicht das Wesen der Sache, als der Kommanditist ja dieselbe — freilich nur mit Zustimmung der anderen Gesellschafter — garnicht in die Gesellschaftskasse einzuzahlen braucht: vielmehr braucht er letzteres nur zu thun, wenn seine Mitgesellschafter es verlangen, oder wenn die Gesellschaftsgläubiger auf Grund ihres direkten Klagerechts ihn zwingen, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu decken.

Dieser Gegensatz zwischen der beschränkten und der unbeschränkten Haftung ist auch noch in anderer Hinsicht wichtig. Der Komplementar der Kommanditgesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft setzen beide ihre ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit für die Gesellschaft aufs Spiel. Das Gesetz sieht nun aber in der unbeschränkten Haft das reguläre, das eigentlich selbstverständliche, während die beschränkte Haftung die Ausnahme von der Regel darstellt. Daraus erklärt es sich denn, dass einerseits beim Komplementar und beim offenen Gesellschafter eine öffentliche Konstalirung des Umfangs der Haftung oder eine besondere Sicherung des Bestandes des Gesellschaftsvermögens weder vorgeschrieben noch nötig ist. Anderer-

seits aber folgt für den Kommanditisten daraus, dass seine Vermögenseinlage oder, klarer ausgedrückt, der Betrag seiner Haftsumme als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens für jeden dritten kund gemacht und festgehalten werden muss. Dies Princip ist sogar so scharf durchgeführt, dass ein Kommanditist unbeschränkt haftet, wenn sein Name in der Firma der Gesellschaft vorkommt, oder die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb vor der Eintragung beginnt oder wenn der Kommanditist Geschäfte für die Gesellschaft abschliesst, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handle.

Welcher Art die Einlage beschaffen sein kann. ist Gegenstand lebhaften Streites in der Litteratur. Einige sagen, die Einlage könne nur aus Geld bestehen, andere lassen auch andere körperliche geldwerte Vermögensstücke genügen; wieder andere halten jede Ueberlassung von Sachen und Rechten, welche Geld- und Vermögenswert besitzen, als Einlage statthaft, wie ja auch ein Vermögen keineswegs immer aus baarem Gelde bestehe. Sie halten also für statthaft die Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung bestimmter Sachen, Ueberlassung von Zinsen eines bestimmten Kapitals oder die Ausbeutung von Patenten und Fabrikgeheimnissen. Einzelne[1]) schliesslich lassen sogar die Angabe derjenigen Factoren genügen, aus denen sich die Einlage erst bilden soll. Ganz besonders streitig ist die Frage, ob die Einlage des Kommanditisten auch bestehen könne in Diensteinlagen, zu denen er sich der Gesellschaft gegenüber verpflichtet,

[1]) Dernburg, Preussisches Privatrecht 2. Aufl. 1879 S. 606 Anm. 15.

ob er der Kommanditgesellschaft z B die Dienste eines Handlungsgehülfen anstelle der Einlage gewähren könne. Renaud (S 119) bejaht unsere Frage unter dem Hinweis, dass die Verpflichtung zur unentgeltlichen Prästation von Diensten, die Geldwert haben, das Vermögen desjenigen vermehrt, welchem diese zu leisten sind. Verneint wird unsere Frage unter anderen von [1]) Krävel: Unter Vermögenseinlage könne man nur Teile des dem Gesellschafter eigentümlichen Vermögens verstehen, welches er in die Gesellschaft einbringt. Dienste und die Ausbeutung eines Fabrikgeheimnisses seien aber nicht Teile eines Vermögens, sondern nur Mittel, um Vermögen zu erwerben.

Die Protokolle (S. 228/229) enthalten hierüber einen Antrag, welcher bezweckte, den Begriff der Vermögenseinlage im weitesten Sinne, also auch von Diensteinlagen, dem Gesetze einzuverleiben. Allein dieser Antrag ward abgelehnt. Diesem Vorgange kann man aber für die Entscheidung unserer Frage eine Bedeutung nicht beimessen; denn es ward über ihn entschieden zu einer Zeit, wo die Beratungen über die Gestaltung der heutigen Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft keineswegs zu einem festen Abschluss gelangt waren.

Wenige Schriftsteller lassen bei ihrer Erörterung über die Frage, welche Vermögenswerte als Einlage des Kommanditisten zulässig seien, das ihrer Entscheidung zu Grunde liegende Princip erkennen; die meisten entscheiden diese Frage augenscheinlich nach Zweckmässigkeitsrücksichten. So soll nach Cosack[2]) die Einlage

[1]) Busch, Archiv V S. 96.

[2]) Cosack, Lehrbuch (1895) S. 594.

zwei verschiedene Funktionen umfassen; sie soll einmal das „werbende Kapital" der Gesellschaft vermehren und zweitens solle sie ein Sicherungsmittel für die Gesellschaftsgläubiger abgeben. So ansprechend diese Formulirung auch sein mag, so ist dieselbe doch nicht ausreichend. Denn von beiden Funktionen ist nur eine in jedem Falle zutreffend. Die Einlage ist nämlich entweder ein Sicherungsmittel für die Gesellschaftsgläubiger, wenn sie noch nicht in das Gesellschaftsvermögen eingezahlt ist, also die übrigen Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft für ihre Forderungen ein direktes Klagerecht gegen den Kommanditisten haben. Oder aber die Einlage vermehrt das werbende Kapital der Gesellschaft, wenn sie bereits in die Gesellschaftskasse eingezahlt ist und dort in den Erwerbsgeschäften der Gesellschaft für dieselbe arbeitet. Diese Unterscheidung ist also danach getroffen, ob der Kommanditist seiner Einlagepflicht bereits genüge geleistet hat oder nicht.

Das richtige Princip zur Entscheidung über die Art der Einlage des Kommanditisten ist nach meiner Meinung in dem Gegensatz zwischen der inneren und der äusseren Seite des Verhältnisses gegeben, wie ich es eingangs dargelegt habe. Die erstere d. h. das Verhältnis des Kommanditisten hinsichtlich der Einlage gegenüber seinen Mitgesellschaftern wird von dispositiven Rechtssätzen, die letztere d h. sein Verhältnis hinsichtlich der Einlage zu jedem dritten von zwingenden. Das Gesetz hat diese Scheidung selbst statuirt dadurch, dass es in Art 151 No. 4 vorschreibt, dass bei der Errichtung der Kommanditgesellschaft die Anmeldung u. a. den Betrag der Vermögenseinlage jedes Kommanditisten enthalten müsse. In dieser

Anmeldung und der darauf folgenden Eintragung des Betrages der Vermögenseinlage oder besser gesagt der Geldsumme, welche eingetragen wird, liegt eine öffentliche Erklärung des Kommanditisten, er werde bis zu diesem Betrage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen. Hieraus ergiebt sich, dass das Gesetz die Stellung nach aussen als das allein wesentliche betrachtet und nur diese geregelt hat, während es über die innere Seite der Einlage schweigt und hier also den Beteiligten für ihre Anordnungen freien Spielraum lässt. Nach aussen aber muss in jedem Falle der Geldbetrag angegeben werden, mit dem der Kommanditist für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften will, gleichviel wie die Beteiligung in Wirklichkeit ist, ob sie in Grundstücken, in Patent- oder anderen Rechten besteht, wobei aber diese Einlage stets für die Kommanditgesellschaft irgend welchen Wert repräsentiren müssen; dass dieser Wert den Betrag der Haftsumme erreicht, ist jedoch nicht nötig. Damit nun der Vorschrift des Art. 151 No. 4 genügt werde, muss der Wert der wirklich geleisteten Einlage in Geld veranschlagt und dieser Betrag in das Handelsregister eingetragen werden. Ist der Umfang der Einlage, wie es z. B. bei Diensten der Fall ist, noch ungewiss, — denn man kann ja nicht wissen, wie lange dieselben geleistet werden, — so muss der Kommanditist, wenn er sich in dieser Weise beteiligen will, trotzdem vorher, um dem Art. 151 No. 4 Folge zu leisten, den Betrag seiner Haftsumme zur Eintragung angeben. Im Verhältnis nach innen aber können die Gesellschafter ihn von der baaren Einzahlung dieser Haftsumme befreien und sich dahin einigen, dass der Kommanditist anstelle

der Haftsumme Dienste leiste, sodass der Kommanditist, wenn der Wert der Dienste den Betrag seiner Haftsumme erreicht hat, seiner Haftung genügt und nun einen Anteil am Gesellschaftsvermögen haben würde. Die Gläubiger der Gesellschaft können sich an den Betrag der Haftsumme nur insoweit halten, als derselbe der Kommanditgesellschaft noch nicht zugeflossen ist; sie können den Nachweis erbringen, dass die der Gesellschaft geleisteten Dienste nicht den Betrag der Haftsumme wert waren. Ist also der Kommanditist durch Krankheit, Tod oder sonst wie verhindert, die in Rede stehenden Dienste sei es vollständig oder nur teilweise zu leisten, so bleibt er noch wegen des fehlenden Betrages den Gläubigern verhaftet. Sie können dann die Differenz zwischen dem wirklichen Wert der bisher geleisteten Dienste und dem Betrag der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme, die im Zweifel der Richter abzuschätzen hat, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, für die Gesellschaft in Anspruch nehmen.

Gegen die Zulässigkeit von Diensten hat man[1]) eingewendet, dass nach den Bestimmungen des Art 170 die Kommanditgesellschaft nicht aufgelöst werde durch Tod oder rechtliche Verfügungsunfähigkeit eines Kommanditisten, sondern dass die Erben und der gesetzliche Vertreter an dessen Stelle träten. Demnach, so folgert man weiter, müssten, wenn man die Dienste als Einlage für zulässig hält, die Erben oder der gesetzliche Vertreter diese Dienste weiter leisten. Dass Irrtümliche dieser Deduktion ist in die Augen fallend. Die Erben haben

[1]) Schön, Vergleichende Darstellung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft. S. 39.

dann höchstens die Differenz zwischen dem Wert der geleisteten Dienste und der eingetragenen Haftsumme zu leisten. Ausserdem aber gehen persönliche Verpflichtungen zu Diensten nie auf die Erben über.

Ueberhaupt kann dem Kommanditisten die Einlage von den Gesellschaftern ganz erlassen werden. Sie brauchen dieselbe ja niemals einzufordern; es genügt lediglich, dass dieselbe im Handelsregister eingetragen steht und auf diese Weise den Gesellschaftsgläubigern Sicherheit bietet. Hieraus ergiebt sich, dass die Frage, ob der Kommanditist eine Einlage bestimmter Art z. B. Dienste u. s. w. einbringen könne, unrichtig gestellt ist. Sie beruht auf der falschen Voraussetzung, dass für die innere und für die äussere Seite der Einlage dieselben Bestimmungen Geltung hätten, und dass das innere Verhältnis des Kommanditisten zu den Komplementaren von dem Erfordernis einer Vermögenseinlage abhängig sei.

Zulässig ist ferner, dass der Kommanditist als Einlage in die Gesellschaft eine Forderung einbringen kann. Auch hier muss er aber, wie schon oben dargelegt, nach aussen, den Gläubigern gegenüber dafür einstehen, dass die Forderung, deren Höhe dem im Handelsregister verzeichneten Betrage seiner Hattsumme gleich kommen muss, einmal wirklich existiert und dann auch dafür, dass dieselbe auch wirklich einbringlich ist.[1]) Sogar eine Forderung an den Komplementar kann der Kommanditist als Einlage einbringen. Denn es wäre ein übertriebener Formalismus, wenn der Komplementar dem Kommanditisten seine Forderung zurückzahlte, und letzterer die ihm soeben zurück-

[1]) Vgl. Renaud, Kommanditgesellschaft S. 220.

gezahlte Schuld dem Komplementar als Kommanditeinlage wieder überlassen wollte.

Bei dem oben dargelegten Princip hält es leicht, auf einige in der Litteratur aufgeworfene Streitfragen die richtige Antwort zu finden. Es fragt sich z. B. welcher Betrag bei einer Verschiedenheit zwischen dem Betrage der Einlage im Handelsregister und im Gesellschaftsvertrage massgebend ist. Ist der Betrag der Vermögenseinlage im Handelsregister höher angegeben als im Vertrage, so muss ohne Frage der höhere Betrag massgebend sein. Denn jeder Dritte kann sich mit Recht auf den Eintrag im Handelsregister und auf den öffentlichen Glauben, welchen derselbe geniesst, verlassen. Die Eintragung im Handelsregister bildet aber ausserdem, wie auch allgemein angenommen wird, ein Recht jedes dritten. Sie ist, wie das Reichsgericht [1]) sagt, die Rechtsform, welche das Gesetz verlangt, um die limitierte Haftung des Kommanditisten zum Ausdruck zu bringen Er bildet aber auch den jedem dritten zustehenden Beweis, dass der Kommanditist trotz etwaiger abweichender Bestimmungen der Gesellschafter unter einander ihm bis zu dem eingetragenen Betrage seiner Vermögenseinlage haftet. Ist umgekehrt im Gesellschaftsvertrage oder durch Verabredung unter den Gesellschaftern ein höherer Betrag der Beteiligung festgesetzt als im Register eingetragen steht, so können die Gläubiger auch hier die höhere Summe beanspruchen, wenn sie deren Festsetzung beweisen können. Es liegt nach meiner Ansicht hier nur ein Verstoss gegen die Eintragungspflicht vor; ausserdem aber wäre eine der-

[1]) Entscheid. in Civil-Sachen, Bd. 17, No. 9, S. 40.

artige Abrede wirkungslos, da sie dem allgemeinen Princip der bona fides des Handelsverkehrs nicht entspricht, und schliesslich kommt ein derartiger Gesellschaftsvertrag einem dissimulierten Geschäfte sehr nahe.[1]) Ein solches Geschäft ist giltig, wenn es den gesetzlichen Vorschriften der Geschäfte seiner Art entspricht, und eine Voraussetzung der Giltigkeit ist die Eintragung in unserem Falle nicht. Die Gläubiger können es also stets aufdecken und es auch für sich als geltend betrachten. Ebenso würde zu entscheiden sein, wenn die höhere Einlage bereits in den Gesellschaftsfond geleistet ist; sie kann dann natürlich nicht mehr zurückgenommen werden, denn der Gesellschaftsfond ist den Gläubigern unter allen Umständen verhaftet

Aehnlich verhält es sich mit einer nachträglichen Erhöhung der Einlage, auch hier macht schon der Vertrag den Kommanditisten für den Erhöhungsbetrag den Gläubigern der Kommanditgesellschaft haftbar. Das Gesetz verlangt allerdings, dass auch eine solche nachträgliche Erhöhung eingetragen werden soll; jedoch ist diese Vorschrift lediglich eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung an der Haftung mit dem Erhöhungsbetrage nichts ändert.

Die Haftung des Kommanditisten ist also ihrem Umfange nach im Zweifel stets eine beschränkte d. h. eine nicht über den Betrag der Haftsumme hinausgehende; sie kann aber auch eine unbeschränkte, der Haftung des Komplementars gleichstehende sein, wobei es also gleichgiltig ist, ob der Kommanditist den Betrag seiner Einlage

[1]) cf. Dernburg, Pand. I, S. 234.

zur Gesellschaftskasse geleistet hat oder nicht. Diese erhöhte Haftung tritt jedoch nur in den ausdrücklich vom Gesetz bestimmten Fällen[1]) ein, deren Statuirung mit dem das Handelsgesetz beherrschenden Princip der bona fides in Einklang steht.

Nach Art. 163, Absatz 3 haftet der Kommanditist dritten Personen gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, wenn die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen hat, aus allen bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten, er müsste denn beweisen, dass dem dritten seine beschränkte Beteiligung bekannt war. Diese Bestimmung hat ihren tiefer liegenden Grund in dem Princip der bona fides des Handelsverkehrs, denn bei Geschäftsabschlüssen mit einer solchen nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft — dieselbe entsteht ja ohne Eintragung wie die offene Handelsgesellschaft — darf jeder redliche Kontrahent annehmen, er kontrahiere mit einer offenen Handelsgesellschaft, als deren Mitglied auch der Kommanditist in diesem Falle gelten muss, da auch er unter der gemeinschaftlichen Firma Handelsgeschäfte betreibt; er haftet daher auch wie ein Mitglied der offenen Gesellschaft. Die Eintragung der Kommanditgesellschaft bezweckt also lediglich, den Gegenkontrahenten darüber zu informiren, wer ihm beschränkt und wer ihm unbeschränkt aus den etwaigen Geschäften der Gesellschaft haften wird. Dies wird aber überflüssig, und der Gegenkontrahent ist schon nicht mehr in gutem Glauben, sobald ihm die Eigenschaft eines Gesellschafters als eines blossen Kommanditisten bekannt war. Der Kommanditist

[1]) nämlich in den Fällen der Art. 163 Abs. 3, 167 Abs. 3 und 168

kann dann der Klage des dritten in dem Beweis der Kenntnis der beschränkten Haftung eine exceptio doli entgegensetzen, für die er jedoch beweispflichtig ist. Es ist demnach durchaus nicht nötig, dass ihm die Höhe der Haftsumme genau bekannt war, vielmehr genügt lediglich die Kenntnis der beschränkten Haftung. Der Eintragung ist eben eine formelle Wirkung beigelegt worden. Sie kann demnach nicht ersetzt werden durch noch so umfassende öffentliche Bekanntmachungen, wie Börsenanschläge, Bekanntmachungen und Niederlegungen auf der Börse u. s. w. bei Begründung der Kommanditgesellschaft. Es entsteht hierdurch keine Vermutung, dass dem Kontrahenten die Kenntnis der Kommanditistenqualität wirklich geworden ist. Demnach kann der Kommanditist sich von der unbeschränkten Haftung nicht befreien durch den Nachweis, dass der dritte seine beschränkte Haftung kennen m u s s t e. Denn das Gesetz statuirt keineswegs eine Erkundigungspflicht desjenigen, der mit einer Gesellschaft kontrahiert, sondern ein Recht auf Kenntnis von dem Vorhandensein der beschränkten Haftung. Dies Princip, dass gutgläubige dritte eine nicht eingetragene Kommanditgesellschaft für eine offene Handelsgesellschaft halten können, gilt sogar auch dann, wenn die Gesellschafter zwar den Antrag zur Eintragung in das Handelsregister gestellt haben, aber die Eintragung selbst oder die richtige Eintragung nicht erfolgt ist, also z. B. die errichtete Kommanditgesellschaft vom Registerrichter irrtümlicher Weise als offene Gesellschaft eingetragen ist. Das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 23 S. 280) hat in einem m. A. klassischen Erkenntnis diese Frage eingehend behandelt. Es hat ausgeführt: Es handele sich in Art. 163

Abs. 3 nicht um Ordnungsvorschriften, auf deren Nichtbefolgung die Annahme der Fortdauer des bisherigen Zustandes oder der Existenz des gewöhnlich vorauszusetzenden Zustandes als Strafe gesetzt ist, sondern um ein Recht des dritten im Handelsverkehr, von der Aenderung eines einmal kundgegebenen Rechtszustandes oder dem Vorhandensein besonderer von den den Präsumptiven abweichender Ausnahmezustände Mitteilung zu erhalten. Nicht der Gesichtspunkt der Pflichterfüllung seitens des Kundgebungspflichtigen, sondern der der Sicherheit des mit ihm kontrahirenden Publikums sei massgebend.

Aus dem Wortlaut des Art. 163, namentlich aus Absatz 1 lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber nur den Fall im Auge hatte, wo eine Kommanditgesellschaft von Anfang an als solche bestand, nicht dagegen den Fall, wo eine offene Gesellschaft durch den Eintritt eines Kommanditisten in eine Kommanditgesellschaft verwandelt wurde. Dass aber auch auf diesen Fall obige Grundsätze unbedenklich auszudehnen sind, folgt ohne weiteres aus der oben dargelegten ratio des Art. 163 und auch daraus, dass man ja auch diesen Fall als Gründung einer Kommanditgesellschaft betrachten kann. Das Princip, um dessen Verwirklichung es sich hier handelt, dass Beschränkungen der Haftpflicht eines an einer Gesellschaft Beteiligten dritten Personen gegenüber, denen sie nicht bekannt sind, nicht wirken können, beherrscht, wie das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 12 S. 14) sagt, gleichmässig den einen wie den andern Fall.

Ist obige Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 aber nicht geradezu verhängnisvoll für den Kommanditisten, und

müsste man sich demnach nicht hüten, sich als Kommanditist an einem Handelsgewerbe zu beteiligen? In der That ist sie sehr gefährlich, für sorglose und geschäftsunkundige Leute, sie ist noch umso gefährlicher, als zur Eintragung nicht bloss der Wille des Kommanditisten, sondern auch sämtlicher Mitgesellschafter nötig ist (Art. 151). Der Kommanditist ist also ganz auf den guten Willen der Komplementare angewiesen, welche die Anmeldung verzögern und somit den Kommanditisten persönlich haftbar machen können. Allerdings hat das Handelsgericht die Komplementare durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung anzuhalten (Art. 154); aber trotzdem kann dieselbe — gleichviel aus welchen Gründen — unterblieben sein. In jedem Falle würde die Unterlassung der Anmeldung und der Eintragung die Haftung nach Art. 163, Abs. 3 zur Folge haben. Thöl sagt deshalb von dieser Bestimmung, sie sei „der Todesstoss für die Kommanditgesellschaft". Dass dem aber nicht so ist, lehrt ein Blick in das Geschäftsleben, wo doch Kommanditgesellschaften keineswegs seltene Associationsformen sind. Ausserdem aber kann der Kommanditist die Gefahr der unbeschränkten Haftung durch Vorsicht wohl vermeiden. Ihm werden hierzu zwei Wege empfohlen. Einerseits[1]) sagt man: Der Kommanditist hat allerdings eine gerichtliche Klage auf Vornahme der Anmeldung gegen die sich weigernden Gesellschafter und zwar lediglich aus der Thatsache, dass der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen ist. Dies Mittel ist jedoch, wie andererseits betont wird, nicht ausreichend; denn bei einem derartigen Processe, auch

[1]) Anschütz und Völderndorff, Bd. II, S. 102, S. 371.

wenn derselbe noch so schleunig entschieden würde verginge immerhin Zeit, und der Kommanditist könne seinen unmittelbaren Zweck nicht in dieser Weise erreichen. Der allein wirksame Schutz besteht nach Anschütz[1]) demnach darin, dass der Kommanditist den Gesellschaftsvertrag nur mit dem Zusatze abschliesst, die Gesellschaft solle erst mit dem Tage der geschehenen und bekannt gemachten Eintragung beginnen. Dieser Vorschlag würde seinen Zweck erfüllen; überflüssig und unrichtig ist an demselben nur, wenn Anschütz auch die Bekanntmachung der Eintragung fordert Dies würde gegen die Vorschrift des Abs. 2 Art. 163 verstossen, wonach die Beschränkung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt als dem der Eintragung — wie es doch die Bekanntmachung derselben ist — beginnen soll, gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung hat. — Die Errichtung, Eintragung und der Geschäftsbeginn einer Handelsgesellschaft kann, wie das Reichsoberhandelsgericht[2]) mit Recht ausführt, lediglich auf den einstimmigen Willen aller Gesellschafter erfolgen. Sie allein bestimmen, wann die Gesellschaft unter der gemeinschaftlichen Firma ins Leben treten soll. Ein einzelner Gesellschafter kann daher durch vertragswidrige Geschäftsabschlüsse die erst später beginnende Gesellschaft weder verpflichten noch ihren Beginn beschleunigen. Wenn nun die Kommanditgesellschaft bei obiger Abrede im Gesellschaftsvertrag noch nicht ins Leben getreten war, so konnte sie naturgemäss ihre Geschäfte nicht

[1]) Dieselbe Wirkung würden die Vorschläge von Hahn, Kommentar Art. 163, § 8 und Staub, Kommentar Art. 163, § 3, Abs. 1 haben.

[2]) Entscheid. des Robg. Band 12 S. 409, 410.

beginnen, und wenn ein Gesellschafter unter doloser und missbräuchlicher Anwendung der für später vereinbarten Gesellschaftsfirma kontrahiert, so können derartige Geschäfte die anderen Gesellschafter und also auch den Kommanditisten nicht verpflichten. Der geschädigte Kontrahent kann sich dann nur an denjenigen Gesellschafter halten, mit welchem er kontrahiert hatte.

Den zweiten Fall der unbeschränkten Haftung regelt Art. 167, Abs. 3: Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte abschliesst, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er nur als Prokurist oder Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet. Auch dieser Fall entspricht dem Princip der unbeschränkten Haftung des Kommanditisten. Nach Art 158, Abs. 1 ist die Geschäftsführung den persönlich haftenden Gesellschaftern reserviert und jeder, der mit der Kommanditgesellschaft kontrahiert, darf annehmen, dass derjenige, der im Namen der Gesellschaft mit ihm kontrahiert, ein persönlich haftender Gesellschafter ist. Der Kommanditist, der also Geschäfte für die Gesellschaft abschliesst, geriert sich eben thatsächlich nicht mehr als Kommanditist, sondern als Komplementar. Demnach ist es nur folgerichtig, wenn das Gesetz dem Kommanditisten auch in diesem Falle wie einen solchen haften lässt. Der Zweck auch dieser Bestimmung ist eben, das Publikum vor Täuschungen zu bewahren und den redlichen Kontrahenten zu schützen. Denn auch hier ist die Ausführung des Reichsoberhandelsgerichts zutreffend: Jeder dritte hat „das Recht von dem Vorhandensein besonderer von den Präsumptiven abweichender Ausnahmezustände Mitteilung zu erhalten.“

Damit nun aber Art. 167, Abs. 3 anwendbar sei, ist es nötig, dass der Kommanditist auch wirklich als Prokurist oder Bevollmächtigter bestellt war und das er als solcher für die Gesellschaft gehandelt hat. War er nicht zum Prokuristen bestellt oder nicht bevollmächtigt und handelte er trotzdem für die Gesellschaft, so haftet er schon als falsus procurator aus Art. 297, Abs. 2 und Art. 55 den Dritten persönlich. Handelte er überhaupt nicht für die Gesellschaft, so kann Art. 167, Abs. 3 natürlich nicht Platz greifen. Handelte er, ohne Procurist oder Bevollmächtigter zu sein, auf Grund einer im Gesellschaftsvertrage ihm übertragenen Geschäftsführung, so wird dieselbe, wenn er mit dritten kontrahiert, zur Vertretung, und der Kommanditist wird aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften unbeschränkt wie ein offener Handelsgesellschafter verpflichtet. Eine derartige Uebertragung der Geschäftsführung äussert also nur für das Rechtsverhältnis nach innen ihre Wirkung. Schwierig wird es aber sein für den Kommanditisten, dem die Geschäftsführung übertragen ist, sich von jedem Geschäftsabschluss und von jedem Rechtsakt nach aussen fern zu halten. Bei jeder Handlung hängt das Damoklesschwert der unbeschränkten Solidarhaft über ihn. Der Gesetzgeber war eben unzweifelhaft und mit Recht der Ansicht, dass derartige Anordnungen im Gesellschaftsvertrage zu den Seltenheiten gehören würden; mit Recht liegt seinen Anordnungen der Gedanke zu Grunde, dass der Kommanditist in den weitaus meisten Fällen ein Kapitalist sein werde, der die Geschäftsführung dem Komplementar überlässt. Andernfalls müsste er, wenn er auf die Geschäftsführung

nicht verzichten und die ihr innewohnenden Gefahren vermeiden will, aufhören Kommandist zu sein.

Noch in einem dritten Fall hat der Gesetzgeber eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten statuiert: Art. 168 sagt: „Der Name eines Kommanditisten darf in der Firma der Gesellschaft nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle haftet er den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter". Das Handelsgesetzbuch hat in diesem Artikel eine Ausnahme von dem gewöhnlichen Firmenrecht statuiert. Während das Princip der Firmenwahrheit sonst nur bei der Neugründung einer Firma gilt, beherrscht dasselbe die Kommanditgesellschaft hinsichtlich des Kommanditisten während ihres ganzen Bestehens, allerdings nur in negativer Hinsicht, insofern als sein Name nicht in der Firma genannt sein darf.

Damit unser Artikel anwendbar sei, ist es erforderlich, dass auch wirklich der Name des Kommanditisten in der Firma vorkommt. Dies muss hervorgehoben werden für den Fall, dass die Namen des Kommanditisten und eines Komplementars gleichlautende sind. Kommt etwa ein derartiger gleichlautender Name in der Firma vor, so wird die Frage, wessen Name dies sei, der Willensinterprelation angehören. Nicht unter unseren Artikel fiele auch der Fall, dass der Name des Kommanditisten zwar in der Firma enthalten ist, aber mit einem Zusatze,[1]) der den Schein seiner vollen Beteiligung am Handelsgewerbe nicht aufkommen lässt, indem er z. B. uns bedeutet, dass der jetzige Kommanditist früher einmal Firmeninhaber gewesen ist. Den Kommanditisten in

[1]) z. B. mit dem Zusatze „Nachfolger".

diesem Falle haften zu lassen, würde eine Buchstabeninterprelation sein, welche den Sinn des Gesetzes ganz unberücksichtigt lässt Das Princip des Artikels 168 ist doch offenbar, dass der Kommandist, welcher dem Publikum in der Firma als Komplementar erscheint, auch als solcher haften soll. Nach Artikel 17 Abs. 2 muss die Firma der Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten, eine Bestimmung, welche mit den gewöhnlichen Grundsätzen des Firmenrechts im Einklang steht und welche daher infolge der Einschränkungen der Artikel 22 und 24 nur bei der Begründung der Gesellschaft beachtet werden muss. Andererseits aber werden die Bestimmungen der letztgenannten Artikel durch die Vorschrift des Art. 168, welche das besondere Gesetz gegenüber den allgemeinen Anordnungen darstellt, modificiert und teilweise aufgehoben. Dies muss beachtet werden in dem Falle, wenn die Kommanditgesellschaft ein bereits bestehendes Handelsgeschäft mit der Firma erwirbt und der bisherige Inhaber dieses Geschäfts der neuen Kommanditgesellschaft als Kommanditist beitreten will. Der Letztere muss dann, um sich von der unbeschränkten Haft zu befreien, seinen Namen aus der Firma entfernen. Die absolute Bestimmung des Artikel 168 kommt vor allem zur Anwendung, wenn der Kommanditist ausdrücklich seine Einwilligung zu der verbotenen Firmenführung gegeben hat Er konnte damit nicht deutlicher erklären, dass er wirklich voll haften wolle. Eine stillschweigende Einwilligung liegt vor allem vor, wenn der Kommanditist trotz Kenntnis von der verbotenen

Firmenführung nicht dagegen einschreitet, sei es dass er auf Unterlassung dieser Firmenführung klagt oder die Auflösung der Kommanditgesellschaft herbeiführt.

Andererseits aber haftet der Kommanditist nicht, wenn sein Name gegen oder ohne seinen Willen vertragswidrig in der Firma geführt wird [1]) Hahn bemerkt hierzu, den Kommanditisten haften lassen zu wollen, wenn gegen seinen gehörig bethätigten Willen sein Name in der Firma steht, ist durch die Worte des Gesetzes nicht geboten und würde eine dem Gesetzgeber nicht zuzutrauende, durch nichts gerechtfertigte Tyrannei sein.

Zur Begründung unserer Ansicht müssen wir auf einige allgemeine Grundsätze des Firmenrechts eingehen.

Die Firma eines Einzelkaufmanns ist der Name, unter welchem der Kaufmann seine Handelsgeschäfte betreibt und seine Unterschrift abgiebt, und die Firma einer Kommanditgesellschaft ist die Verbindung von Namen, unter welcher die Kommanditgesellschaft ihre Handelsgeschäfte betreibt und die Firma gezeichnet wird. Die Firma ist daher in ihrer Existenz nicht abhängig von der Eintragung in das Handelsregister. Wenn nun der Registerrichter versehentlich eine andere Firma einträgt als die, welche die Kommanditgesellschaft im Handelsverkehr gebraucht, so ist doch die im Verkehr gebrauchte zweifellos die wirkliche Firma. Es würde also bei einer Verschiedenheit zwischen der eingetragenen und der wirklich ge-

[1]) Ebenso Puchelt und Staub in ihren Kommentaren zu Art. 168 Hahn, Art. 168, Anm. 4, S. 657. Die entgegengesetzte Meinung vertreten Gareis und Fuchsberger, Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 336, Thöl Bd. I § 105 I, 6. Aufl. Sie legen den Art. 168 am weitesten aus und lassen den Kommanditisten in jedem Falle haften.

brauchten Firma die letztere allein die massgebende sein, und das Vorhandensein des Namens des Kommanditisten in dieser Firma würde die Haftung nach Artikel 168 begründen.

Ausserdem aber ist das Recht, die Firma zu bestimmen, ein gemeinsames Recht aller Gesellschafter. Sie müssen dieselbe mit Einstimmigkeit im Gesellschaftsvertrage festsetzen und sämtlich gemäss Art. 151 No. 3 zum Handelsregister anmelden. Eine Firma, gegen welche ein Gesellschafter protestiert hat, ist garnicht die „Firma der Gesellschaft".[1]) Lassen die Kommandisten es zu, dass ihre Namen entgegen dem Verbot in der Firma vorkommen, und dass diese Firma, — was freilich nicht leicht möglich ist, da auch die Kommanditisten gemäss Art. 151 bei der Anmeldung mitwirken — zum Firmenregister angemeldet werden, so ist dies die Firma der Kommanditgesellschaft, und dieselben haften unbeschränkt. Protestiert jedoch der Kommanditist vergeblich gegen die Aufnahme seines Namens in die Firma, so kann dieselbe garnicht eingetragen werden, wird sie doch eingetragen, so ist diese Firma trotzdem nicht die „Firma der Gesellschaft". Auch in der Nürnberger Kommission[2]) ward der Antrag gestellt, in unserem Falle die unbeschränkte Haftung des stillen Gesellschafters nur dann eintreten zu lassen, „wenn mit seinem Willen sein Name in der Firma enthalten ist". Indessen wurde derselbe abgelehnt ohne irgend welche Motivirung, sodass derselbe für unsere Interpretation wertlos ist. Richtig wäre m. E. die Ansicht von Gareis und Fuchsberger erst, wenn die geschäftsführenden Komple-

[1]) vgl. Staub, Art. 168, § 1.
[2]) Protokolle S. 1082, 1109.

mentare sich dieser falsch registrierten Firma im Handelsverkehr bedienten und die Firma zeichneten; denn erst damit würde die falsch registrierte Firma zur wirklichen Firma.

§ 3. Die Stellung des Kommanditisten in Gesellschaftsprocessen.

Die Stellung des Kommanditisten in Gesellschaftsprocessen erklärt sich am einfachsten aus der Natur der Kommanditgesellschaft. Diese ist nach allgemeiner Ansicht eine modificierte offene Gesellschaft. Nach richtiger Anschauung besitzt weder die offene Handelsgesellschaft noch die Kommanditgesellschaft juristische Persönlichkeit. Die offene Handelsgesellschaft tritt als solche in Processen dann auf, wenn sämtliche Gesellschafter in ihrer durch die Firma ausgedrückten Verbundenheit erscheinen. Durchaus erforderlich ist hiernach, dass sämtliche und zwar auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter im Processe erscheinen. Sie alle in ihrer durch die Firma ausgedrückten Verbundenheit bilden also die Processpartei. Nun kann ja auch die Handelsgesellschaft im Process vertreten werden. Derartige „geborene" Vertreter[1]) sind aber die vertretungsbefugten Gesellschafter; sie vertreten die Gesellschaft, soweit ihre Vertretungsmacht reicht und zulässig ist. Die Quelle ihrer Vertretungsmacht ist der Wille ihrer Mitgesellschafter, nicht das Gesetz, denn sie unterliessen es, ihre Vertretungsbefugnis auszuschliessen. Demnach muss auf die Gesamtheit der Gesellschafter in allen Fällen zurückgegangen werden, wo es sich um Parteihandlungen handelt, zu denen die gesetzlichen Vertreter nicht befugt oder nicht

[1]) Wach S. 211, Anm. 12.

fähig sind. Die vertretungsbefugten Gesellschafter oder die gesetzlichen Vertreter allein sind wohl berechtigt, durch Dispositionsakte die Gesellschaft zu verpflichten d. h. sie können für die Gesellschaft im Bereiche ihrer Vertretungsmacht durch Rechtshandlungen Verbindlichkeiten erzeugen. Ein solcher Dispositionsakt ist nun nicht, wie das Reichsoberhandelsgericht[1]) angenommen hat, die Eidesleistung. Wohl liegt ein solcher vor, wenn der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben wird, ebenso wenn er angenommen wird; hierzu wäre der Processvertreter, also bei der Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt; den Parteieid zu leisten, d. h. eine Handlung vorzunehmen, welche allein der Partei zusteht, sind dagegen alle Gesellschafter verpflichtet.

Die Stellung der Gesellschafter wäre processualisch naturgemäss die von Streitgenossen. Vor einem Nachteil, welcher der Gesellschaft aus der Verweigerung des Eides seitens einzelner Gesellschafter erwachsen könnte, ist dieselbe durch den § 434 Abs. 2 C. P. O. geschützt. Dieser Paragraph stellt es bei Verweigerung des Eides durch einige Streitgenossen ganz in das freie Belieben des Richters, ob er die Behauptung, deren Beweis durch die Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr halten will.

Die gegenteilige Ansicht, dass nur die vertretungsbefugten Gesellschafter die Parteieide zu schwören hätten, würde auch zu bedenklichen Konsequenzen führen. Denn es würde ganz in der Macht der Gesellschaft liegen, dem Gegner die Eideszuschiebung zu verlegen. Sie braucht ja nur skrupellose und stets zum schwören bereite Per-

[1]) R. O. H. G. Bd. 21 No 110 Seite 343.

sonen zu geschäftsführenden Gesellschaftern machen. Ausserdem aber bleibt die Eidesleistung stets eine feierliche Bekundung der Wahrheit eines Vorganges; sie ist keine Willenserklärung, bei deren Abgabe die Vertretung zulässig ist, sondern eine feierliche Erklärung über Wissen oder Nichtwissen, welche eine persönliche Pflicht der Partei selbst ist.

Wenn die Eidesfrage so bei der offenen Gesellschaft zu entscheiden ist, so ist die Sache bei der Kommanditgesellschaft principiell die gleiche. Nach der allgemein herrschenden und richtigen Meinung ist die Kommanditgesellschaft eine modificierte offene Handelsgesellschaft, bei der ebensowenig wie bei der offenen Gesellschaft die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter vernichtet wird. Der Kommanditist steht also grundsätzlich und in allen wesentlichen Punkten dem Komplementar gleich. Er ist ebenso wie dieser ein Träger des kollektiven Gesammtunternehmens und bezeichnet sich als solcher in der gemeinsamen Firma. Die Haftung ist dieselbe direkte, solidarische und principale, der geringere Umfang derselben ist unwesentlich, auch die ihm mangelnde Vertretungsbefugnis ist nicht erheblich, denn sie kann auch für den offenen Gesellschafter und Komplementar ausgeschlossen werden. Die Rechtsstellung des Kommanditisten in Processen der Gesellschaft ist also ebenso die gleiche wie die des offenen Gesellschafters. Er bildet in Gemeinschaft mit allen Komplementaren die Processpartei[1]), und die Eidesleistung, welche der Kommanditgesellschaft auferlegt wird, liegt ihm wie allen Komplementaren ob.

[1]) so auch R. G. im Bd. 32, S. 398.

Aus der Stellung des Kommanditisten als Partei ergiebt sich aber von selbst mit Notwendigkeit, dass derselbe nicht als Zeuge in Processen der Kommanditgesellschaft auftreten kann.

Das Reichsgericht hat in seiner bisherigen Praxis[1]) den Standpunkt vertreten, dass bei der offenen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft[2]) die vertretungsbefugten Gesellschafter es sind, welche die der Gesellschaft auferlegten Eide zu schwören haben, und dass in Gesellschaftsprocessen die Processpartei aus sämtlichen Gesellschaftern gebildet werde. Andererseits aber ist es der Ansicht, dass die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter unfähig sind, als Zeugen in Gesellschaftsprocessen aufzutreten. Zugleich hat der oberste Gerichtshof jedem Gesellschafter das Recht eingeräumt, als Nebenintervenient den Processen der Gesellschaft beizutreten. Das Reichsgericht bewegt sich hierbei in einem Widerspruch[3]) Einerseits nämlich sagt es, der Gesellschafter ist in Gesellschaftsprocessen Partei, Streitgenosse, und andererseits, er ist berechtigt zur Nebenintervention, also nicht Partei. Das heisst also, der Gesellschafter als Streitgenosse hat am Ausgange des Rechtsstreits das Streitinteresse, und andererseits, er ist ein dritter, welcher ein rechtliches Interesse am Ausgange des Processes hat. Demgegenüber braucht man meines Erachtens nur die

---

[1]) R. G. Bd. 6 No. 21 S. 111, Bd. 10 No. 15 S. 335, Bd. 15 No. 2 S. 617, ebenso Cosack S. 593 (3. Aufl.)

[2]) Für die letztere ergiebt sich dies aus der principiellen Gleichstellung beider seitens des Gerichtshofes.

[3]) Wach, Handbuch des Civilprocesses S. 530, Anm. 28 hat auf den in dieser Ansicht liegenden Widerspruch zuerst in sehr treffender und scharfsinniger Weise aufmerksam gemacht.

Argumentation von Wach zu stellen: „Das Interesse jedes Gesellschafters ist voll und ganz durch den ihn vertretenden Socius gereus gewahrt, ist das Streitinteresse selbst. Sofern sein Recht nicht in lite ist, sofern ihm individuelle, nur individuell befreiende Verteidigungsgründe zustehen, kann ihm der Gesellschaftsprocess nicht präsudicieren, ist das Bedürfnis der Nebenintervention gar nicht gegeben." Ziehen wir die Konsequenz für den Kommanditisten, so würde meines Erachtens ein solcher individuell befreiender Verteidigungsgrund gegeben sein in dem Betrag seiner Haftsumme oder der beschränkten Haftung, und somit das Bedürfniss der Nebenintervention derselben garnicht gegeben sein. Es würde hierbei keinen Unterschied machen, ob der Kommanditist seiner Haftpflicht bereits genügt hat oder nicht. Vielmehr wäre ein solcher individuell befreiender Verteidigungsgrund im ersten Falle in dem Mangel jeder weiteren Haft gegeben und im zweiten Falle in der beschränkten Höhe derselben. Der Kommanditist und jeder andere Gesellschafter ist also in Gesellschaftsprocessen meines Erachtens nicht als Nebenintervenient zuzulassen, vielmehr ist derselbe die Processpartei selbst.

§ 4. Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

Die Frage, ob der Kommanditist als solcher Kaufmannseigenschaft besitze, ist eine äusserst wichtige und keineswegs eine blosse Doktorfrage. Dies erhellt sofort, wenn man die zahlreichen Rechte und Pflichten, welche der Kaufmannseigenschaft gewährt, sich vergegenwärtigt Unter anderem sei nur erwähnt, das Recht auch ohne

Verabredung Provision, Lagergeld, Zinsen selbst Zinseszinsen zu fordern, kaufmännische Verpflichtungsscheine an Ordre auszustellen, ferner das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht.

Als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs gilt jeder, auf den die Voraussetzungen des Art. 4 H. G. B. zutreffen. Diese sind folgende: Die betreffende Person muss Handelsgeschäfte betreiben. Solche betreibt aber im Rechtssinne nur diejenige Person, auf deren Namen dieselben abgeschlossen werden, gleichviel ob sie selbst im Betriebe thätig ist, ob das Gewerbe auf ihre oder fremde Rechnung geht. Ausserdem wird erfordert gewerbemässiger Betrieb d. h. ein Betrieb, welcher eine dauernde Einnahmequelle darstellt, der Art, dass alle einzelnen Geschäfte als Teile eines gewollten grösseren auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftskomplexes erscheinen und durch dieses innere Band eines einheitlichen Gewerbewillens zusammengehalten werden.

Prüfen wir ob diese Erfordernisse für den Kommanditisten zutreffen.

Demnach muss zunächst vorhanden sein, der Betrieb von Handelsgeschäften. Handelsgeschäfte betreibt aber im Sinne des Gesetzes nur derjenige, in dessen Namen diesselben abgeschlossen werden, der als Principal des Geschäftes erscheint. Dies Erfordernis ist beim Kommanditisten erfüllt: Die Geschäfte werden im Namen der Kommanditgesellschaft also aller an letzterer beteiligten Gesellschafter abgeschlossen, alle sind also Mitinhaber, Mitprincipale des Handelsgeschäftes, also auch der Kommanditist. Hierbei ist es ganz unwesentlich, dass der Name des Kommanditisten bei Vermeidung der unbeschränkten Haftung nicht in der

Firma vorkommen darf. Denn diese Vorschrift ist nur im Interesse der bona fides und der Sicherheit des Handelsverkehrs gegeben. Vielmehr deckt die Gesellschaftsfirma alle Gesellschafter auch die nicht in derselben enthaltenen. Aus der letztgenannten Vorschritt folgert Goldschmidt[1]): Der Kommanditist sei gerade deshalb kein Kaufmann, weil das Handelsgewerbe nicht in seinem Namen betrieben werde. Die Firma einer Kommanditgesellschaft sei zwar eine Gesellschaftsfirma, aber den Namen des Kommanditisten vertrete sie darum doch nicht, weil dieser garnicht in der Firma stehen dürfe. Dieser Meinung Goldschmidt's, der die ganze herrschende Ansicht entgegensteht, kann man nur entgegenhalten, dass der Name des letzteren wohl in der Firma enthalten ist. Die Firma einer Kommanditgesellschaft soll sein eine Personenfirma mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz. Hierbei brauchen ja nicht einmal alle Komplementare in der Firma vorzukommen, und doch werden die Handelsgeschäfte in ihrem Namen abgeschlossen. Andere[2]) berufen sich auf den Wortlaut des Art. 150 Abs. 1, demzufolge der Kommanditist nicht ein Handelsgewerbe betreibe, sondern bei einem unter gemeinsamer Firma betriebenen Handelsgewerbe nur mit einer Einlage beteiligt sei — eine Ansicht, welche am Buchstaben des Gesetzes haftet und den Sinn desselben ganz zurücktreten lässt. Der Kommanditist ist mit dem Komplementar zur Kommanditgesellschaft verbunden durch die Gemeinsamkeit der Firma und hieraus folgt ohne weiteres, dass beide Handel

[1]) Handbuch I, S. 333, 334, Anm. 11.

[2]) Anschütz u. Völderndorff I S. 47 unten u. S. 48, 1868. Canstein, in Goldschmidt's Zeitschr. XX S. 89.

treiben, sowohl der Komplementar wie der Kommanditist. Das Handelsgesetzbuch hat ja diese Fassung gewählt, grade um den Unterschied des Kommanditisten vom stillen Gesellschafter zu fixieren. Der Kommanditist beteiligt sich, der stille[1]) Gesellschafter jedoch nicht.

Ausserdem erfordert das Gesetz für den Begriff des Kaufmanns den gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften. Das heisst: dieser Betrieb muss eine dauernde Einnahmequelle bilden, derart, dass alle einzelnen Geschäfte als Teile eines beabsichtigten grösseren auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftskomplexes erscheinen und durch dieses innere Band eines einheitlichen Gewerbewillens zusammengehalten werden. Es fragt sich, trifft dieses Requisit auch für den Kommanditisten zu?

Zweifellos ist dasselbe für den offenen Handelsgesellschafter und den Komplementar der Kommanditgesellschaft zutreffend. Die Gewerbeabsicht, also der Wille aus dem Geschäfte eine selbsständige und dauernde Einnahmequelle zu haben, ist bei ihnen vorhanden. Dieselbe findet sich aber auch bei denjenigen Komplementaren, welche von der Vertretung der Kommanditgesellschaft kraft Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen sind, und meines Erachtens auch bei den Kommanditisten. Denn für den Kaufmannsbegriff des Handelsgesetzbuchs ist es ganz gleichgiltig, ob der Gesellschafter persönlich das Geschäft leitet oder nicht: das entscheidende Merkmal ist lediglich, dass das Gewerbe im Namen des Kaufmanns, also bei der Kommanditgesellschaft im Namen derselben

[1]) so Gareis und Fuchsberger S. 283 No. 4 (1891).

d. h. aller an derselben beteiligten Gesellschafter betrieben wird, alle sind dann Mitgesellschafter und Mitprincipale, und alle haben dann die Gewerbeabsicht.

Allerdings kann man hiergegen einwenden: Wenn auch die Geschäfte unter der gemeinsamen Firma abgeschlossen werden, und die Erfordernisse des Art. 4, H. G. B. erfüllt sind, so treffen die Wirkungen dieser Geschäfte den Kommanditisten doch nur beschränkt, nämlich bis zu einer bestimmten Höhe, dem Betrage seiner Haftsumme. Das Handelsgesetzbuch lässt nun allerdings in keinem Falle den Kaufmann für seine Geschäftsschulden beschränkt haften, sondern stets steht er mit seiner ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit für dieselben ein. Trotzdem wird man wohl dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft aus diesem Grunde nicht absprechen können. Denn die Erfordernisse des Art 4, H. G. B. sind erfüllt und nach dem Wortlaut derselben darf man andere Erfordernisse als die dort angegebenen nicht aufstellen, sosehr auch sonst das Handelsgesetzbuch dahin neigt, die Kaufmannseigenschaft mit der unbeschränkten Haft zu identificieren. — Demnach würde eine Ehefrau nur mit Konsens ihres Ehemannes Kommanditisten sein können.[1])

§ 5. Die Haftung des Kommanditisten.

Während der Umfang der Haftung des Kommanditisten verschieden sein kann, ist die Art der Haftung immer die gleiche, nämlich die des offenen Gesellschafters, nämlich

[1]) Die Frage nach der Kaufmannsqualität des Kommanditisten wird bejaht von Cosack, Lehrbuch (1895) S. 593 und von Hahn, verneint von Thöl (1879) S. 141, Goldschmidt Handbuch I S. 333, 334 Anm. 11 Canstein, Zeitschr. Bd. 20 S. 84 fg. Gareis und Fuchsberger S. 282 Anm. 2, Renaud S. 136, Behrend S. 105, Anschütz u. Völderndorff I S. 47.

eine solidarische, direkte und principale. Diese Gleichheit hinsichtlich der Art der Haftung ergiebt sich aus verschiedenen Bestimmungen des Handelgesetzbuchs. Einmal ist die Kommanditgesellschaft nur eine Modifikation der offenen Gesellschaft, was sich besonders aus Art. 150, H. G. B. ergiebt sodann aber sagt das Gesetz an mehreren Stellen ausdrücklich, der Kommanditist hafte wie ein persönlich haftender Gesellschafter, wodurch nicht allein der Umfang, sondern auch die Art der Haftung auf den Kommanditisten ausgedehnt wird. — Die Solidarhaft des Kommanditisten ist in der Regel in der Höhe derselben durch den Betrag seiner Vermögenseinlage beschränkt. Sie ist ferner beschränkt, wenn der Kommanditist diesen Betrag bereits an die Kommanditgesellschaft geleistet hat und bei teilweiser Leistung auf den Fehlbetrag. Unvereinbar mit dem Princip der Solidarhaft und daher ausgeschlossen ist die Einrede der Teilung. Aus jedem Geschäftsabschluss eines persönlich haftenden Gesellschafters werden alle anderen Gesellschafter solidarisch verpflichtet.

Dies Solidarhaftsprincip, welches als gemeines deutsches Handelsgewohnheitsrecht aus dem Wesen der offenen Gesellschaft hervorgegangen ist, beherrschte schon lange vor der Emanation des Handelsgesetzbuches die Haftung der Handelsgesellschafter. Derselbe war bereits vor der Emanation des Handelsgesetzbuchs für die offene Gesellschaft anerkannt, aber für die Kommanditgesellschaft sehr bezweifelt, weil man die stille Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft nicht auseinanderhielt. Da aber erst das Handelsgesetzbuch den Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft fixierte,

so erklärt sich, dass für die Frage der direkten Solidarhaftung das Handelsgesetzbuch selbst den Ausgangspunkt bilden muss.

Die ältere vor der Emanation des Handelsgesetzbuchs herrschende Theorie versagte dem Gläubiger die direkte Klage gegen den Kommanditisten unter dem Hinweis, dass nur der Komplementar mit den Gläubigern kontrahiert habe. Indess war auch dies nicht unbestritten. Goldschmidt[1]) meint schon, wenn auch der Name des Kommanditisten nicht in der Firma stehen dürfe, so gelte er trotzdem als socius mercalorius als Mitinhaber der Firma und als solcher auch als Mitkontrahent und hafte als solcher den Gläubigern direkt. Von der Haftung werde er erst frei, simulac quidquid collaturum se esse promiserat, in arcam socialem intulit, und dann habe er gegen die Klage der Gläubiger die exceptio doli. Jedoch ward dies Klagerecht der Gläubiger andererseits von Goldschmidt wiederum sehr eingeengt, insofern ihnen während des Bestehens der Gesellschaft jedes Klagerecht gegen den Kommanditisten ganz versagt ward, weil der Komplementar die alleinige Vertretung habe[2]). Quandin societas constat, complementarius habet administrationem et omne jus negotia gerendi et vice societatus solus legitime exetat. Itaque et solus aget et solus convenietur. Dies Argument ist freilich nicht zutreffend, und diese Ansicht inconsequent; denn es liegt nach meiner Meinung kein Grund vor, die direkte Klage bei Auflösung der

[1]) Goldschmidt, de societate en commandite sp. I § 33 S. 73 Commendator recte socius mercalorius intellegitur licet interdum nomen eius ignoretur.

[2]) Goldschmidt S. 76.

Gesellschaft den Gläubigern zu geben und sie während des Bestandes der Gesellschaft zu versagen. Aehnlich ist die Stellung des Kommanditisten nach Heise, der in seinen berühmten handelsrechtlichen Verlesungen ebenfalls der Kommanditgesellschaft die Eigenschaft einer wirklichen societas mercatoria zusprach. Seine Ansicht beherrschte besonders die Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes zu Lübeck, und sie erweiterte Goldschmidts Ansicht insofern, als er das direkte Klagerecht ohne Einschränkung zuliess.

Die verschiedenen Ansichten über die Haftung machten sich auch in der Nürnberger Konferenz[1]) geltend. In der zweiten Lesung äusserte ein Mitglied: Es genüge nicht auszusprechen, dass die gegebene oder versprochene Einlage des stillen Gesellschafters für die Schulden der Gesellschaft hafte, man müsse vielmehr auch die Modalitäten festsetzen, unter denen von Seiten des Gläubigers eine solche Haftpflicht geltend gemacht werden dürfe. Könne dabei nun allerdings ohne grosse Inkonvenienzen von einem direkten Klagerecht der Gläubiger gegen die stillen Gesellschafter keine Rede sein, solange die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkäme, so verhalte es sich anders, wenn dies nicht mehr der Fall sei, wenn etwa der stille Gesellschafter seine Einlage nicht bezahlt oder in rechtswidriger Weise zurückgezogen habe. Hier könnten die Klagen aus dem Rechte der Komplementare nicht mehr ausreichen, und also auch ein Verbot direkter Klagen nicht mehr als statthaft erachtet werden. Denn wenn der Komplementar im Einverständnis mit dem

[1]) Protokolle S. 1100.

Kommanditisten gehandelt habe, oder die Gesellschaft aufgelöst worden sei, habe dieser gar kein Klagerecht mehr gegen den stillen Socius. Es ward demgemäss beantragt[1]), dem Gesetze eine Fassung zu geben, deren Inhalt sich mit diesen Ausführungen decke. Dieser Antrag ward jedoch mehrfach beanstandet und schliesslich abgelehnt. Trotzdem darf man aus dieser Ablehnung keinen Schluss ziehen oder dieselbe zur Interpretation des Handelsgesetzbuchs verwerten. Krävel[2]) der dies thut, übersieht hierbei, dass hinterher die Lehre von der Kommanditgesellschaft in den massgebendsten Teilen geändert ist. Mit Recht bemerkt Hahn[3]) die Annahme der Protokolle erscheine jedenfalls mit der Gestaltung unverträglich, welche die Kommanditgesellschaft durch das Gesetz erhalten habe. Man muss also bei diesem Stande der Sache das Gesetz über unsere Frage lediglich aus sich selbst interprelieren. Für die Entscheidung der Frage, ob ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem Kommanditisten und den Gesellschaftsgläubigern bestehe, ist um zum Handelsgesetzbuch zu kommen, von der Definition der Kommanditgesellschaft in Art. 150 H. G. B. auszugehen. Die Kommanditgesellschaft steht in unserer Frage der offenen Gesellschaft völlig gleich, lediglich mit dem Unterschied, dass ein Teil der Gesellschafter, der Kommanditist, öffentlich in bindender Weise erklärt hat, für die Gesellschaftsschulden nur bis zu einem bestimmten Betrage haften zu wollen. Im übrigen betreibt er mit allen übrigen Gesellschaftern unter der gemeinschaftlichen Firma ein

[1]) Prot. S. 1080.

[2]) Buschs Archiv V S. 101-102.

[3]) Hahn, Comentar Art. 165 § 14 S. 651 (1894).

Handelsgewerbe. Wenn also unter der gemeinschaftlichen Firma kontrahiert wird, so wird kontrahiert im Namen jedes Gesellschafters also auch des Kommanditisten, sodass er gleich allen anderen Gesellschaftern aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet wird. Demnach besteht zwischen dem Kommanditisten und den Gesellschaftsgläubigern ein unmittelbares Rechtsverhältnis, und dieses bedingt naturgemäss ein direktes Klagerecht des Gläubigers auch gegen den Kommanditisten. Das direkte Klagerecht wird ausserdem begründet durch Art. 165 H. G. B. Nach Abs. 1 desselben haftet der Kommanditist für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit seiner Einlage und, soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage. Wie soll aber der Kommanditist, wenn er den versprochenen Betrag noch nicht gezahlt hat, von den Gläubigern belangt werden, wenn nicht mit einer direkten Klage. Das Reichsgericht[1]) nimmt ebenfalls an, dass die Haftung des Kommanditisten mit seinem Privatvermögen ein unmittelbares Klagerecht der Gesellschaftsgläubiger bedinge. Dasselbe ist der Fall bei Abs. 2 unseres Artikels, wonach die Einlage des Kommanditisten während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch teilweise zurückbezahlt oder erlassen werden kann. Wie, wenn also im Gesellschaftsvertrage ausgemacht ist, dass dem Kommanditisten seine Einlage zurückbezahlt werden soll und dies geschehen ist? Wie soll die Vinkulierung des Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der Gläubiger geltend gemacht werden? Die Gesellschaft hat gegen den Kommanditisten dann doch

[1]) Reichsgericht Bd. 17, S. 39.

kein Klagerecht mehr; denn sie hat ihren Anspruch gegen den Kommanditisten ja aufgegeben. Es giebt also keine andere Möglichkeit diesen Gesetzesvorschriften Wirksamkeit zu verleihen, als ein direktes Klagerecht der Gläubiger.

Schliesslich wird eine Bejahung unserer Frage für den Fall der Auflösung der Gesellschaft und der Auseinandersetzung der Gesellschafter erfolgen müssen. Der Art. 172 dehnt die Vorschriften der offenen Gesellschaft über die Art der Auseinandersetzung, über die Liquidation und über Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter auch aus auf alle Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, also auch auf den Kommanditisten. Nach Art. 146, Abs. 1 verjähren die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft oder seinem Ausscheiden oder seiner Ausschliessung. Nach allgemeiner Ansicht wird bei diesen Klagen ein direktes Klagerecht der Gläubiger anerkannt. Wenn nun Art. 172 jene Bestimmungen auch auf den Kommanditisten ausdehnt, so ergiebt auch hier das direkte Klagerecht der Gläubiger.

Nach der herrschenden Ansicht findet jedoch die principale und direkte Haftung ausnahmsweise in einem Falle nicht statt, nämlich im Konkurse der Gesellschaft; für denselben soll eine subsidiäre Haftung gelten. Es sollen nämlich gemäss Art. 122, welcher auch für die Kommanditgesellschaft gilt, die Gesellschaftsgläubiger zuerst aus der Konkursmasse der Gesellschaft abgesondert befriedigt, und dann der Ausfall gegen das Privatvermögen der Gesellschafter geltend gemacht werden. Auf Grund dieser Vorschrift nimmt die Praxis an, dass bei Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen die Ge-

sellschaftsgläubiger diejenigen Einzelgesellschafter, deren Privatvermögen konkursfrei geblieben ist, nicht nach den Grundsätzen der direkten Solidarhaft belangen könnten. Die Unrichtigkeit dieser Konsequenz ist meines Erachtens durch die zutreffenden Ausführungen von Schulze[1]) überzeugend nachgewiesen Mit Recht weist derselbe daraufhin, dass bei der Beratung des Art. 122 für die in demselben statuierte Beschränkung der Solidarhaft ganz andere Gesichtspunkte als die Rücksichtnahme auf die Gesellschafter massgebend gewesen sind. Vielmehr, sagt Schultze, kam es dem Gesetzgeber nur darauf an, von den Privatgläubigern der Socien die derartigen Gläubiger bei schrankenloser Anwendung des Art. 112 durch die Gesellschaftsgläubiger drohende Benachteiligung abzuwenden. Der Grund der Vorschrift lag also in dem gefährdeten Interesse der Privatgläubiger. Ausserdem aber wäre es geradezu sinnlos, wenn der Gesetzgeber die Solidarhaft gerade dann ausschliessen würde, wenn sie am nötigsten ist, nämlich wenn das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht.

Die Praxis[2]) spricht ausserdem den Gesellschaftsgläubigern das Recht ab, während der Dauer des Gesellschaftskonkurses gegen den Kommanditisten direkt vorzugehen, sogar wenn die Höhe ihres Ausfalls feststeht, oder wenn sie auf die Beteiligung am Gesellschaftskonkurse verzichten. Vielmehr soll der Kommanditist die Einlage, welche er noch nicht in die Gesellschaftskasse geleistet hat, an den Konkursverwalter zur Konkursmasse

[1]) bei Gruchot, Bd. 31, S. 767, ihm hat sich neuerdings Staub, Kom. Art. 122, § 2 angeschlossen.

[2]) Cosack Lehrb. S. 601, Behrend Lehrb. S. 649, R. G. Bd. I, S. 73.

zu zahlen verpflichtet sein. Nur dieser habe die Befugnis die Einlage des Kommanditisten beizutreiben. Man[1]) sagt, der Konkursverwalter habe im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger die zu ihrer Befriedigung bestimmte Vermögensmasse zu konstituieren. Aber dies ist doch nur so zu verstehen, dass derselbe die der Gesellschaft zustehenden Vermögensrechte zur Befriedigung der Gläubiger zusammenzubringen hat. Anders aber verhält es sich mit der Einlage, also mit der zwar versprochenen aber noch nicht gezahlten Haftsumme des Kommanditisten, für welchen auch nach Ansicht des Reichsgerichts[2]) bei den Verpflichtungen der Kommanditgesellschaft dieselbe direkte Solidarhaft besteht wie für den Komplementar und den offenen Handelsgesellschafter. Dieselben sind nach Ansicht des obersten Gerichtshofes grundsätzlich gleichstehende Gesellschafter, was sich schon aus der Definition des Art. 150 ergäbe und durch die Abweichungen des Gesetzes nicht beeinflusst werden. Die persönliche Haftung des Kommanditisten mit seiner Einlage und der anderen Handelsgesellschafter kann aber nicht in dem Sinne eine Gesellschaftsforderung sein, wie es alle anderen Gesellschaftsforderungen sind. Denn wäre dies der Fall, so könnte der Konkursverwalter, um die Konsequenz der Ansicht des Reichsgerichts zu ziehen, beim Konkurse der offenen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft die Masse aus dem Vermögen der Komplementare so vervollständigen, dass dieselbe zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ausreicht, eine Annahme, deren Irrigkeit wohl nicht bezweifelt werden

[1]) R. G. Bd. I, S. 73.
[2]) R. G. Bd. 32, S. 398, 399.

kann. Vielmehr muss man, wenn man konsequent verfährt, den Gesellschaftsgläubigern auch im Konkurse der Kommanditgesellschaft das direkte Klagrecht gegen den konkursfreien Komplementar und Kommanditisten zugestehen.

§ 6. Die Stellung des Kommanditisten zu seinen Mitgesellschaftern.

Während die rechtliche Stellung des Kommanditisten nach aussen, dritten gegenüber, grundsätzlich durch zwingendes Recht geregelt ist, gilt für die innere Seite d. h. für das Verhältnis der Gesellschafter unter einander principiell dispositives Recht. Letzteres ergiebt sich ohne weiteres aus Art. 157 des Handelsgesetzbuchs. Hiernach richtet sich das Verhältnis der Gesellschafter unter einander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage, und soweit über dasselbe keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der offenen Gesellschafter unter einander, welche ebenfalls dispositiv geregelt sind, auch hier zur Geltung, soweit nicht besondere Abweichungen gesetzlich statuiert sind. Das Gesetz hat also hier nur ein subsidiäres Normalstatut aufgestellt, welches erst zur Anwendung kommt, wenn die Parteien keine andere Regelung getroffen haben.

Nach innen erscheint die Kommanditgesellschaft wie die offene Gesellschaft „als[1]) eine ständige Willensgemeinschaft, vermöge deren eine Personenmehrheit im Bereiche ihrer personenrechtlichen Verbundenheit zu einheitlicher Bethätigung ihres kollektiven Daseins berufen

[1]) so Gierke, Genossenschaftstheorie S. 565.

und befähigt ist." Die Bildung des Willens erfolgt auf verschiedene Weise, je nach dem die einzelne Handlung im Bereiche der gewöhnlichen Geschäftsführung liegt oder gemäss Art. 103 H. G. B. über dieselbe hinausgeht und dem Zwecke derselben fremd ist. Im ersteren Falle erfolgt die Willensbildung durch den oder die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter, in den beiden Fällen des Art. 103 jedoch durch die Beschlussfassung aller an der Kommanditgesellschaft Beteiligten. Bei derselben ist gemäss dem Wortlaut des Art. 103 ausnahmsweise durch zwingendes Recht die Mitwirkung des Kommanditisten zu einer unabwendbaren gemacht.

Die Willensausführung erfolgt jedoch durch die sog. Geschäftsführung. Dieselbe ist in Art. 158 den Komplementaren vorbehalten, während der Kommanditist zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet ist. Allerdings kann sie durch Vertrag sogar dem Kommanditisten übertragen werden, indess ist diese Möglichkeit durch die Vorschrift des Art. 167 Abs. 3 nahezu illusorisch gemacht. Von der Vertretung ist also der Kommanditist als solcher ausgeschlossen, diese ist ihm vielmehr nur möglich als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter. In diesem Fall haftet er jedoch für omnis culpa und nicht bloss wie im ersten Falle für diligentia in concreto. Ist der Kommanditist als solcher mit der Geschäftsführung beauftragt, so hat er auch bei der Bestellung eines Prokuristen mitzuwirken. Indessen ist diese Mitwirkung des Kommanditisten eine nur beschränkte. In Ansehung des Verhältnisses nach innen hat der geschäftsführende Kommanditist mitzuwirken und seine Zustimmung zu gewähren. Die Bestellung nach

aussen erfolgt jedoch durch die geschäftsführenden Komplementare, und hier ist dem Kommanditisten jede Mitwirkung versagt. Für den geschäftsführenden Kommanditisten gelten auch die Art. 93 und 94 H. G. B. Er kann also Auslagen ersetzt verlangen, von vorgeschossenen Geldern Zinsen u. s. w. Auch die Vorschrift des Art. 100: Wenn mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung mit der ausdrücklichen Beschränkung übertragen ist, dass einer nicht ohne den andern handeln könne, so darf keiner allein die Geschäfte vornehmen, gilt auch für den Kommanditisten, ausgenommen bei Gefahr im Verzuge. In diesem Falle darf er sogar allein die Geschäftsführung übernehmen. Dasselbe gilt, wenn die Uebertragung ohne diese Beschränkung erfolgt ist, auch in diesem Falle ist er zur alleinigen Vornahme befugt.

Ist dem Kommanditisten aber einmal die Geschäftsführung übertragen, so gilt auch der weitere Satz der offenen Gesellschaft, dass die geschehene Uebertragung der Geschäftsführung während des Bestehens der Gesellschaft nicht ohne rechtmässige Ursache widerrufen werden kann. Die Frage, ob eine rechtmässige Ursache hierzu vorliegt, entscheidet im Zweifel der Richter. Ein Widerrufsrecht wäre gegen den Kommanditisten wohl gegeben für den Fall, dass er verbotswidrig die Vertretung nach aussen übernähme. Der zur Geschäftsführung berechtigte Kommanditist hat in Gemeinschaft mit dem geschäftsführenden Komplementar sogar ein Widerspruchsrecht gegen die Vornahme von Handlungen, die zur Geschäftsführung und Vertretung gehören. Fehlt jedoch diese Befugnis, was in der Praxis die Regel sein wird, so kann er gegen die Vornahme einer Handlung durch die per-

sönlich haftenden Gesellschafter keinen Widerspruch erheben.

Während das Gesetz also vermöge seiner dispositiven Anordnungen den Kommanditisten nach innen zur Geschäftsführung wie einen Komplementar zulässt, ist es doch darin nicht ganz konsequent; denn das Konkurrenzverbot, welches für den offenen Gesellschafter gilt, fällt für den Kommanditisten fort. Derselbe darf in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte abschliessen und sich an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter beteiligen. Der Anlass zu dieser Gesetzesvorschrift lag in der Annahme des Gesetzgebers, der Kommanditist werde nur mit einer Vermögenseinlage an der Gesellschaft beteiligt sein, ohne an der Geschäftsführung Teil zu nehmen Er werde also nicht in der Lage sein, Kenntnis von den Geschäftsverbindungen, Handelsbeziehungen und sonstiger für den Geschäftsbetrieb wichtiger Thatsachen zu besitzen, und ein Konflikt zwischen Privatinteressen und Gesellschaftsinteressen werde also nicht möglich sein. Der Gesetzgeber übersah aber hierbei, dass der Art. 158 nur dispositive Bestimmungen enthält, welche durch Vereinbarungen der Gesellschafter aufgehoben werden können. Zwar enthält auch Art. 159 dispositives Recht, und das Konkurrenzverbot kann also auch auf den Kommanditisten ausgedehnt werden, aber trifft man hierüber keine Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage, so gilt eben das Gesetz als subsidiares Normalstatut. Mit Recht betont Staub[1]), man dürfe nicht noch weiter gehen und annehmen, dass schon aus der Zulassung des Kommanditisten

[1]) Staub, Art. 159 § 1.

zur Geschäftsführung das Konkurrenzverbot für ihn ex lege folge. Richtig ist wohl zweifellos, dass dasselbe in den meisten Fällen der Absicht der Parteien entspricht, und dass der Gesetzgeber in diesen Fällen keinen Grund zur Befreiung vom Konkurrenzverbot gehabt hat. Er hatte eben bei seinen Anordnungen den regelmässigen Fall, dass der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, im Auge. Aber deshalb, weil der Gesetzgeber diesen Fall übersehen hat, darf man ihn doch nicht korrigieren und den Art. 159 für diesen Fall ausser Geltung setzen[1])

Der beschränkten Beteiligung des Kommanditisten am Handelsgewerbe entsprechend ist auch sein Kontrollrecht geregelt. Er ist nach Art. 160 nur berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Er kann dies im Unterschied von dem offenen Gesellschafter, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, nur nach Abschluss der Jahresbilanz, während letzterer sich jeden Augenblick durch Einsicht in die Bücher über den Stand des Geschäftes unterrichten kann. Diese Befugnis ist völlig ausreichend; denn der Kommanditist beteiligt sich meist doch nur kapitalistisch, er will nur eine gute Kapitalanlage und ein gutes Einkommen aus derselben haben. Er soll dadurch im Stande sein, sowohl die Richtigkeit des ihm auf Grund seiner

[1]) Die gegenteilige Ansicht wird von Puchelt (Art. 159 No. 1) vertreten, dahin gehend, der Art. 159 regele nur das regelmässige Verhältnis, dass der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Derselben Meinung sind auch Wendt (bei Endemann S. 451) und Renaud (S 292), indess ist diese Behauptung bei diesen Autoren weder begründet, noch ist ein Grund für dieselbe ersichtlich.

Beteiligung gewährten Gewinnes zu prüfen, als sich auch von der Solidität des Unternehmens zu überzeugen. Dies Kontrollrecht, welches für die meisten Fälle ausreichen wird, ward noch in dritter Lesung auf Antrag Hamburgs für ungewönliche Fälle verstärkt, unter der Motivierung, die bisherige Fassung des Artikels sei zu absolut und die Statuierung einer Ausnahme könne unter Umständen nicht umgangen werden. Nämlich, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, kann das Handelsgericht auf Antrag des Kommanditisten die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen. Der Ausdruck des Gesetzes, das Handelsgericht „kann" dies Recht verleihen meint damit natürlich nicht, dass eine solche Anordnung der freien Willkür des Richters überlassen ist, vielmehr ist durch Abs. 3 dem Kommanditisten ein Recht gegeben beim Vorhandensein wichtiger Gründe die Berechtigung[1]) zur Ausübung der erweiterten Kontrollrechte zu verlangen. Welche Gründe dies Recht bedingen, darüber macht das Gesetz keine Andeutung. Die Beurteilung derselben wird somit dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt sein. Jedenfalls wird man Gründe dieser Art, wie Gareis-Fuchsberger[2]) richtig hervorhebt, nicht aus der Person des Kommanditisten, sondern nur aus der bedenklichen Lage des Geschäftes entnehmen können. Gründe dieser Art werden z. B. die in Art. 125 No. 2—5 angegebenen sein, also hauptsächlich wird ein Misstrauen des Kommanditisten gegen die Geschäftsführung den Anlass geben müssen. In derartigen Fällen kann dann, wie Anschütz sagt, die

[1]) so Makower, Kommentar (1890) Art. 160, Anm. 13.

[2]) Gareis und Fuchsberger, Kommentar Art. 160, No. 19.

richterliche Verfügung auf Vorlegung der Bücher und Papiere der Gesellschaft die Natur einer präparatorischen Massregel für die Klage auf Auflösung der Gesellschaft haben. Das Kontrollrecht des Kommanditisten kann sogar den Umfang einer vollen Rechnungslegung dann annehmen, wenn die Bücher unrichtig oder mangelhaft geführt sind. Der Kommanditist muss sich dann auf jede andere mögliche Weise von dem Geschäftsstande unterrichten können, und dies wird bisweilen nur durch sonstige Aufklärungen seitens des Geschäftsführers geschehen können. Dies Recht wird man ihm schliesslich auch für die Fälle geben müssen, in denen der Kommanditist wie ein Komplementar ein Stimmrecht in Gesellschaftsangelegenheiten besitzt, z. B. wenn die Gesellschaft die Vornahme von Geschäften beabsichtigt, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen oder dem Zwecke derselben fremd sind. Auch hier wird ein wichtiger Grund vorliegen; denn der Kommanditist wird nicht in der Lage sein, sein Stimmrecht auszuüben, ohne über die Geschäftslage informiert zu sein. — Dass diese Rechte des Art. 160, obwohl sie an sich streng persönlicher Natur sind, auch auf seine Erben übergehen, dass sie durch seinen gesetzlichen Vertreter, für eine Aktiengesellschaft als Kommanditistin durch deren Vorstand, für die offene Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft durch eine zur Repräsentation der Societät legitimierte Person ausgeübt werden können, ergiebt sich aus dem Wesen der Sache. — Das Recht auf Einsicht der Bücher kann der Kommanditist nur im Geschäftslokale der Gesellschaft ausüben oder dort, wo sich die Handelsbücher ohne Arglist des Besitzers be-

finden. Dem Antrage des Kommanditisten auf Gestattung der Einsicht, welcher in der Klage vor dem Processrichter gestellt wird, kann nicht die Einrede entgegengesetzt werden, der Kommanditist sei seinen Verpflichtungen gegen die Gesellschaft noch nicht nachgekommen. Denn die exceptio non adimpleti contractus ist nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften statthaft und kann als solche auf derartige Gesellschaftsverhältnisse nicht Anwendung finden. Letztere sind vielmehr Pflichten der Gesellschafter gegen einander, aber keine Rechtsgeschäfte, sie sind nicht die Aquivalente für etwaige Vorleistungen[1]). Da Art. 160 dispositives Recht enthält, so kann im Gesellschaftsvertrage abweichendes bestimmt werden. Die Rechte des Kommanditisten können sowohl beschränkt als auch erweitert werden. Jedoch ist eine Erweiterung der Kontrollrechte nur durch ausdrückliche Statuierung statthaft. Nicht darf man eine solche stillschweigende Erweiterung der Kontrollrechte für den geschäftsführenden Kommanditisten annehmen, wie Puchelt[2]) es thut, derselbe behauptet, der Art. 160 gelte nur für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Kommanditisten, denn die Uebertragung der Geschäftsführung müsse auch die erforderlichen Rechte verleihen. Für den geschäftsführenden Kommanditisten müssten dagegen auch ohne ausdrückliche Abmachung die Kontrollrechte des offenen Gesellschafters gelten. Diese Ansicht ist meines Erachtens nicht richtig. Denn der eigentliche Grund für die Verschiedenheit der Kontrollrechte ist doch zweifellos in der verschiedenen Haftung begründet. Vielmehr ist das Recht

[1]) R. O. H. G. Bd. 16 S. 48, R. G. Bd. 26 S. 257.
[2]) Puchelt, Kommentar Art. 160, No. 1.

des Art. 160 auch für den geschäftsführenden Kommanditisten von Bedeutung. Denn die Geschäftsführung kann ihm ja, wie es häufig vorkommen wird, nur teilweise übertragen sein; dann könnte er das Recht des Art 160 auch für den Zweig des Handelsbetriebes ausüben, dessen Kenntnis ihm fern liegt.

Nach innen besteht ausserdem eine Vermögensgemeinschaft. Es besteht ein sog. Gesellschaftsvermögen bei der Kommanditgesellschaft. Dasselbe steht im Miteigentum aller Gesellschafter zur gesamten Hand. Es gehört also nicht bloss den Komplementaren, sondern auch den Kommanditisten, denn auch diese sind Mitinhaber des Geschäftes, also auch Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens. „Die wahre gesamte Hand[1]) bleibt bei aller Innigkeit und Dauer doch nur eine Verknüpfung von individuellen Rechtssphären. Sie gewährt daher notwendig den Einzelnen am gemeinschaftlichen Vermögen Anteilsrechte, welche zwar durch ihre Zusammengehörigkeit gebunden sind und nicht nach festen Quoten bestimmt zu sein brauchen, immer jedoch selbständige und für sich wertvolle Bestandteile der ausschliesslich von Einzelwillen beherrschten Sondersphäre bilden". Ueber das Gesellschaftsvermögen übt also die Kommanditgesellschaft als solche in ihrer Einheit ein Herrschaftsrecht aus, welches das Gesellschaftsvermögen in seinem ganzen Umfange ergreift[2]) An diesem Vermögen aber

[1]) Gierke, Genossenschaftheorie S. 113.

[2]) Das Reichsgericht hat über unsere Frage nur in negativer Hinsicht eine Ansicht aufgestellt Bd. 25, S. 256. Bd. 9, S. 144. Bd. 11, S. 117. Es sagt einerseits, dass dem einzelnen Gesellschafter an den körperlichen Sachen der Gesellschaft ein nach Quoten geteiltes Miteigentum nicht zustehe, und andererseits verneint es auch ein nach Quoten geteiltes Anteilsrecht desselben am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens.

werden den einzelnen Gesellschaftern besondere Anteilsrechte gewährt, welche sich jedoch infolge der Gesamthand nur als Wertanteile darstellen, da das Gesellschaftsvermögen nur eine Werteinheit ist. Der einzelne Gesellschafter und also auch der Kommanditist hat somit keinen Anspruch auf Naturalteilung und auf einen Naturalteil, sondern lediglich einen Anspruch auf den Geldbetrag, welchen dieser Anteil darstellt. Der Anteil ist also ein Bruchteil des Gesamtvermögens. Derselbe verändert sich stetig einerseits dadurch, dass der Betrag des ursprünglichen Gesellschaftsvermögens erhöht oder vermindert wird, und ferner wechseln die Anteile im Verhältnis zu einander nach den Zu- und Abschreibungen der Gesellschafter. Er ist stets ein Rechnungsanteil, der aus den Konten der Gesellschafter ermittelt werden kann Wichtig ist jedoch für den Kommanditisten jede Minderung seiner ursprünglichen Einlage insofern, als demselben kein Gewinn ausgezahlt wird, solange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist. Vielmehr soll sein etwaiger Gewinnanteil zur Wiederergänzung seiner Einlage verwendet werden. Für den Komplementar ist dies nicht vorgeschrieben, er kann, auch wenn seine Einlage durch Verlust vermindert ist, seinen Anteil am Gewinn des letztverflossenen Jahres entnehmen, soweit dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Dass somit der Anteil des Komplementars unter Null sinken, also ein Passivsaldo werden kann, ist zweifellos. Ob dies auch beim Kommanditisten möglich ist, ist bestritten. Man könnte zwar annehmen, dass dies bei dem Kommanditisten, der seine Einlage gemacht hat, gar nicht möglich sei; denn derselbe ist durch Einbringung seiner Einlage aller

Verpflichtungen gegen die Gesellschaft ledig, und sein Passivsaldo könnte ihn also gleichgiltig lassen. Unzweifelhaft ist dies insofern richtig, als den Kommanditisten keine Verpflichtung trifft, diesen Passivsaldo durch Nachtragszahlungen zu decken. Wohl aber hat derselbe die Wirkung, dass etwaiger Gewinn nicht bloss zur Wiederergänzung der Einlage sondern auch zur Deckung dieses Passivsaldos verwendet werden muss. In der entgegengesetzten Meinung, dass letzterer nicht gedeckt zu werden brauche, liegt einerseits eine ganz grundlose Begünstigung des Kommanditisten und eine Zurücksetzung der Komplementare, welche man dem Gesetzgeber ohne zwingenden Grund nicht zutrauen darf. Die Richtigkeit unserer Ansicht ergiebt sich ausserdem auch durch die allgemeinen Grundsätze, welche das Handelsgesetzbuch für den Kommanditisten aufstellt. Das Gesetz verweist bei der Regelung der Stellung desselben vielfach auf seine Bestimmungen für den offenen Gesellschafter, es beschränkt sich nur auf eine Hervorhebung der Besonderheiten seiner Stellung. Nach dem Gesetz kann er im Gegensatz zum Komplementar höchstens seine Einlage, also die versprochene Haftsumme verlieren. Die weiteren Sätze für das Verhältnis der Gesellschafter unter einander sind nur dispositive Sonderbestimmungen, oder es gelten dieselben Regeln wie für die offene Gesellschaft. In unserem Falle haben wir keine solche dispositive Sonderbestimmung, vielmehr verweist das Gesetz in dieser Beziehung auf die Bestimmungen für den offenen Gesellschafter (Art. 157), für welchen die Zulässigkeit des Passivsaldo ausser Zweifel steht. Wäre kein Passivsaldo beim Kommanditisten möglich, so läge hierin neben einem

offenbaren Verstoss gegen den Sinn und Wortlaut des Gesetzes eine Begünstigung des Kommanditisten vor dem Komplementar, wozu der Gesetzgeber keine Veranlassung hatte. Wenn die Einlage des Kommanditisten durch Verlust konsumiert und ein Passivsaldo vorhanden ist, so wird man etwaigen Gewinn nicht der Gesellschaftskasse entnehmen, denn eine derartige Entnahme dürfte wohl der Gesellschaft zu offenbarem Schaden gereichen, vielmehr wird man denselben zu Abschreibungen verwenden. Den Kommanditisten aber mit diesem Gewinn gleich schon seine Einlage und nicht erst seinen Passivsaldo wiederergänzen lassen, hiesse das Risico desselben wider Verdienst herabmindern, und wäre eine durch nichts gerechtfertigte Begünstigung desselben, auf welche er seiner ganzen Stellung nach keinen Anspruch hat.

Eine gegenseitige Ansicht hat Renaud[1]) vertreten. Er begründet dieselbe folgendermassen: „Das Gesetz erklärt einerseits, dass ein Kommanditist an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teilnehme, andererseits, dass, solange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust gemindert sei, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet werde. Nach meiner Ansicht kann man aus dieser Begründung nicht die angegebene Behauptung folgern, wie man dieselbe doch nur aus dem Grundgedanken des Gesetzes und nicht blos aus einer einzelnen Gesetzesstelle schliessen kann[2]).

[1]) Renaud S. 323.

[2]) Ebenso wird unsere Frage verneint von Behrend (§ 88, S. 631) jedoch ohne Begründung, desgleichen von Cosack in seiner ersten Auflage, in der 2. Aufl. (S. 522) und 3. Aufl. (S. 598, 599) hat derselbe unsere Frage bejaht, ebenso Hahn (Art. 161, Anm. 9 S. 636), Puchelt (Art. 161, Note 5), Staub (Art. 161 § 7).

Bevor jedoch Gewinn vorhanden ist, wird jedem Gesellschafter also auch den Kommanditisten vier Procent Zinsen gutgeschrieben. Hierbei können sich Zweifel ergeben, denn das Gesetz braucht das Wort „Einlage" des Kommanditisten in verschiedenem Sinne, nämlich einmal als Betrag seiner Haftsumme (cf. Art. 151 No. 4) und dann als den in den Gesellschaftsfonds eingezahlten Betrag (cf. Art. 165, Abs. 1). Was wird nun verzinst, der erstere oder der letztere Betrag? offenbar der letztere; dies ergiebt sich aus der Analogie mit der offenen Handelsgesellschaft. Denn wollte man annehmen, dass der Betrag der Haftsumme des Kommanditisten verzinst werden müsste, so müsste man beim offenen Gesellschafter dessen ganzes Vermögen verzinsen. Vielmehr ist nur das werbende Kapital d. h. das wirklich in die Gesellschaftskasse Gegebene zu verzinsen.

Während bei der offenen Gesellschaft der Gewinn, wenn vertragsmässige Festsetzungen fehlen, nach Köpfen vertheilt wird, soll in demselben Falle für die Verteilung desselben bei der Kommanditgesellschaft richterliches Ermessen massgebend sein. Die Verteilung nach Köpfen würde auch bei der verschiedenartigen Beteiligung der Komplementare und Kommanditisten schon auf den ersten Blick als nichtsachgemäss erscheinen. Allerdings versuchte man in der Nürnberger Kommission in dieser Hinsicht eine feste Norm aufzustellen. Man war aber schliesslich der Ansicht, dass weder die Verteilung des Gewinnes nach Köpten, noch die Verteilung nach dem Verhältnis der Vermögenseinlagen dem Wesen der Sache entspreche. Auch ein Vermittelungsvorschlag wurde gemacht, dahin gehend: Zuerst sollten alle Einlagen verzinst werden, dann sollte ein Vorabzug einer besonderen

Vergütung für die Geschäftsführung des Komplementars stattfinden, und der Rest des Gewinnes nach Köpfen verteilt werden. Jedoch ward auch dieser Antrag abgelehnt unter dem Hinweis, dass die Vereinbarung über den Gewinnanteil ein solches essentiale sei, dass ein Vertrag, der diesen Punkt übergehe, nicht für perfekt gelten könne. Der Gesetzgeber schrieb also für den Gewinnanteil der Gesellschafter eigentlich garnichts vor. Daher wird die Vorschrift des Art. 162 erst dann zur Anwendung kommen, wenn der Vertrag hierüber gar keine Regelung enthält, was allerdings selten eintreten wird. Wenn im Vertrage die Gewinnbeteiligung auch andeutungsweise enthalten ist, so müsste man durch Interpretation klare Resultate zu gewinnen suchen. Auch dann findet Art. 162 keine Anwendung, wenn der Vertrag entweder nur über Gewinn oder nur über Verlust Bestimmungen enthält. Mit Recht wird man dann, wie Staub behauptet, als den regelmässigen Vertragswillen der Parteien annehmen müssen, dass die Verlustbeteiligung der festgesetzten Gewinnbeteiligung und umgekehrt entsprechen soll, einen Ausweg, den schon Goldschmidt[1]) als selbstverständlich hinstellt. Unser Artikel findet also dann Anwendung, wenn im Gesellschaftsvertrage garnichts über die Gewinnbeteiligung gesagt ist. Der Richter wird in diesem Falle, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen hauptsächlich drei Umstände seiner Beurteilung zu Grunde legen müssen, nämlich die beschränkte und die unbeschränkte persönliche Haftung beider Arten von Gesellschaftern, ihre persönliche Thätigkeit und schliesslich die

[1]) Goldschmidt, de societate S. 69: quodsi de lucre parte vel damni solum convenerit, in contrerio idem servari placet.

Höhe ihrer Vermögenseinlage. Aber auch Imponderabilien sind zu berücksichtigen, z. B. der Name und Geschäftsruf eines Gesellschafters, auch des Kommanditisten, welcher bisweilen grossen Einfluss auf den Gewinn der Gesellschaft haben kann.

Die Verteilung des Gewinnes erfolgt buchmässig d. h. der Gewinn jedes Jahres wird dem Anteil des Gesellschaftsvermögens zugeschrieben, der Verlust demselben abgeschrieben. Ist die Einlage des Kommanditisten durch Verlust verringert, so muss sich derselbe die Zurückbehaltung des Gewinnes gefallen lassen, und zwar letzteres sogar, wenn die Auszahlung des Gewinnes der Gesellschaft nicht zum offenbaren Nachteil gereichen sollte. Erst wenn die Einlage durch den Gewinn wieder ergänzt ist, darf er die Zinsen seines Anteils für das letztverflossene Jahr entnehmen, den Gewinn des letztverflossenen Jahres aber nur, soweit derselbe seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen übersteigt, und soweit die Auszahlung nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht[1]). Der Kommanditist ist auch nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn, welchen er bezogen hat, wegen späterer Verluste herauszugeben (Art. 161 Abs. 3). Er muss jedoch diese Bezüge im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern erhalten haben. Sie werden in diesem Falle sein Eigentum, auch wenn er sie nach Verminderung seiner Einlage bezogen hat. Sie gelten im Verhältnis der Gesellschafter unter einander nicht als eine vorläufige Leistung, sondern als ein endgiltiger Bezug. Aber die Gläubiger können hiergegen einschreiten, ausser wenn

[1]) Der Kommanditist steht hinsichtlich der Einlageverkürzung des Komplementars insofern demselben gleich, als es seiner Zustimmung bedarf, wenn einer der Komplementare seine Einlage oder seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen vermindern will.

er Zinsen und Gewinn in gutem Glauben auf Grund einer im guten Glauben errichteten Bilanz bezogen hat (Art. 165 Abs. 6). Wenn die Entnahme unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfolgt ist, so haben letztere niemals ein Recht, das ihm einmal zugesprochene zurückzufordern. Dies gilt sogar dann, wenn die Einlage des Kommanditisten durch Verlust gemindert war und trotzdem Gewinn ausgezahlt wurde. Trotzdem ist ein Condictio indebiti gegen den Kommanditisten nicht ausgeschlossen z. B. wenn[1]) die Gewinnzahlung durch einen Rechenfehler in der Bilanz verursacht war. Die Condictio ist auch für den Fall gegeben, dass dem Kommanditisten irrtümlicher Weise Gewinn ausgezahlt wurde, welcher zur Wiederergänzung der Einlage verwendet werden musste. Wendt[2]) sagt, die Condictio indebiti müsse daran scheitern, dass der Gewinn dem Kommanditisten in Wirklichkeit ja geschuldet war, und diesem nur ein Recht auf Erhebung des Gewinns nicht zustand. Staub[3]) erwidert auf diese Begründung mit Recht: „Der Gewinn war ihm nicht geschuldet, es war vielmehr nur buchmässig ausgerechnet, wieviel er am Gewinnanteil zu fordern gehabt hätte, wenn seine Einlage nicht vermindert gewesen wäre. Da aber die Einlage vermindert war, so hatte er eben der ausgerechneten Ziffer entsprechenden Betrag nicht zu fordern."

§ 7. Die Stellung des Kommanditisten bei Auflösung der Kommanditgesellschaft.

Für die Auflösung der Gesellschaft ist der Konkurs des Kommanditisten insofern von Wichtigkeit, als der-

[1]) Protokolle S. 1107, 1088.
[2]) Wendt, bei Endemann I S. 439.
[3]) Staub, Kommentar Art. 161, § 6.

selbe ein Auflösungsgrund für die Gesellschaft ist, während der Tod und die rechtliche Unfähigkeit des Kommanditisten, sein Vermögen zu verwalten, diese Wirkung nicht haben. Diese Bestimmung beruht in der Anschauung des Gesetzgebers, dass weniger die Persönlichkeit des Kommanditisten für die Gesellschaft in Betracht komme als vielmehr seine kapitalistische Beteiligung. Bei seinem Tode treten dann seine Erben ipso jure oder mit dem Erbschaftsantritt an seine Stelle. Sie succediren in alle Rechte und Pflichten, wie sie dem Kommanditisten zustanden. Heres facta defuncti praestere debet [1])

Im übrigen hat der Kommanditist gleiche Befugnisse hinsichtlich der Auflösung wie ein Komplementar. Er kann die Gesellschaft aufkündigen (Art. 123), er kann ihre Auflösung ohne Aufkündigung beim Vorhandensein wichtiger Gründe verlangen (Art 125). Auch sein Privatgläubiger kann, wenn er nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Kommanditisten bei dereinstiger Auflösung der Kommanditgesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, behufs seiner Befriedigung nach vorheriger Aufkündigung der Gesellschaft die Auflösung der Kommanditgesellschaft verlangen. Ebenso ist Art. 127 anwendbar, auch der Kommanditist muss zu der Uebereinkunft, dass trotz des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter die Kommanditgesellschaft fortbestehen solle, seine Zustimmung geben. Schliesslich ist auch Art. 128 auf den Kommanditisten ausgedehnt worden. Hiernach kann, wenn die

[1]) Dies wird für die Legatare allerdings von Staub und Makover bestritten, jedoch ohne Grund, vielmehr wird man mit Renaud und Hahn dieselben zulassen müssen.

Auflösung der Gesellschaft gefordert werden kann aus Gründen, die in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125), anstatt derselben auf Ausschliessung dieses Gesellschafters erkannt werden. Die Klage auf Ausschliessung muss jedoch von allen Gesellschaftern, also auch von den Kommanditisten erhoben werden Die Frage, ob die Komplementare berechtigt sind, die Ausschliessung des Kommanditisten zu beantragen, wurde allerdings in der Nürnberger Kommission in Erwägung gezogen; man kam indess zu keinem Resultat und wird demnach die Gesetzesworte entscheiden lassen und die Ausschliessung der Kommanditisten zulassen müssen.

Die Ausschliessung des Kommanditisten gemäss Art. 128 wird aber unmöglich, sobald nur ein Kommanditist bei der Kommanditgesellschaft beteiligt ist. In diesem Falle lösst sich die Gesellschaft auf, ebenso wie wenn nur ein Komplementar beteiligt wäre. Denn die Kommanditgesellschaft ist ohne Kommanditisten wie ohne Komplementare ihrem Begriffe nach undenkbar. Dieser meiner Meinung nach richtigen Ansicht[1]) gegenüber meint Behrend[2]): Ausscheidung sowie Ausschliessung seien nur möglich, wenn nach dem Austritte noch eine Handelsgesellschaft übrig bleibe; wären jedoch mehrere Kommanditisten vorhanden, so habe der Austritt derselben die Verwandlung der Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft zur Folge. Auch Hahn[3]) ist dieser Ansicht. Er begründet dieselbe folgendermassen: Die Kommanditgesellschaft sei in der hier relevanten Be-

[1]) Zuerst von Anschütz und Völderndorff vertreten.

[2]) Behrend, Lehrbuch § 90, Anm 4.

[3]) Hahn, Kommentar Art. 170, § 5 S. 660.

ziehung von der offenen Gesellschaft nicht generisch verschieden, bezw. der Gesellschaftsvertrag bleibe zwischen den verbleibenden persönlich haftenden Gesellschaftern derselbe, wie er zwischen ihnen und dem einen oder mehreren Kommanditisten von Anfang an war. So richtig das Gesagte auch sein mag, so trifft es meiner Ansicht nach doch nicht ganz zu für unsere Frage Die Kommanditisten und Komplementare haben eben eine Kommanditgesellschaft geschlossen und daraus folgt logisch, dass die Auflösung eintritt, wenn eine von beiden Gesellschafterarten ausscheidet. Vielmehr kann eine offene Gesellschaft nur übrig bleiben, wenn dies vorher vereinbart war. — Ein Fortbestehen der Kommanditgesellschaft als offene Gesellschaft darf man meiner Ansicht nach auch deshalb nicht annehmen, weil die Haftung der Komplementare dadurch eine bedeutend grössere werden würde, als sie bei Beginn der Gesellschaft und bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages im Sinne hatten. Sie beabsichtigten offenbar, wenn sie sich als Komplementare beteiligten, doch nicht das ganze Risiko der Geschäfte auf sich zu nehmen. Vielmehr sollte ein Kommanditist ihnen dasselbe mittragen helfen. Allerdings hat der Gesellschaftsgläubiger, wie die herrschende und richtige Meinung annimmt, aus den Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft die direkte Klage gegen jeden Gesellschafter. Aber im Verhältnis der Gesellschafter unter einander wird eine etwaige Ungleichheit dieser Haftung doch stets dadurch abgeschwächt, dass wohl immer im Gesellschaftsvertrage eine Abmachung getroffen ist, wodurch diese Haftung unter die anderen Gesellschafter verteilt wird. Das Risiko der Komplementare würde

also, wenn die Kommanditgesellschaft nach Ausscheiden der Komanditisten als offene Gesellschaft weiter fortbestehen würde, wesentlich erhöht werden, es würden jetzt wenige Schultern die Last tragen müssen, welche bisher auf mehreren ruhte, ein Umstand, den sie bei Eingehung der Kommanditgesellschaft nicht beabsichtigt hatten; denn sonst wären sie wohl gleich eine offene Gesellschaft eingegangen.

Die beiden dargestellten Ansichten haben eine praktisch wichtige Konsequenz. Nimmt man an, dass bei Ausscheidung des Kommanditisten eine offene Gesellschaft übrig bleibe, so wären die Komplementare nur verpflichtet, dem ausscheidenden Kommanditisten seinen Anteil auszuantworten; während bei der Annahme der Auflösung durch das Ausscheiden des Kommanditisten die weitere Folge die Liquidation wäre, bei welcher dann alle Gesellschafter als Liquidatoren mitzuwirken hätten.

Hinsichtlich des Ausscheidens eines Kommanditisten ist durch Art. 171 analog den Bestimmungen bei der offenen Gesellschaft die Eintragung dieser Thatsachen ins Handelsregister vorgeschrieben. Und zwar muss nicht bloss ein Ausscheiden mit der ganzen Einlage, sondern schon die Verringerung derselben eingetragen werden. Diese Vorschrift hat, wie das Reichsoberhandelsgericht[1]) zutreffend darlegt, die Bedeutung „einer im öffentlichen Interesse gebotenen Ordnungsvorschrift", nicht die einer Leistung. Daher ist weder die Kommanditgesellschaft befugt zur Retention der dem Kommanditisten von ihrer Seite zukommenden Gebührnisse, noch der Kommanditist zur Weigerung, sein Ausscheiden im Handelsregister ver-

[1]) Reichsoberhandelsgericht Bd. 2 S. 172.

lautbaren zu lassen. Diese Pflichten sind öffentlichrechtlicher Natur und von einander unabhängig. Abgesehen davon, dass der Gesellschaft gegen den Kommanditisten, welcher seine Mitwirkung bei der Eintragung verweigert, ein Klagrecht zusteht, kann in diesem Falle mit Ordnungsstrafen auch gegen den Kommanditisten vorgegangen werden. Denn Art. 129, auf den verwiesen wird, sagt in Abs. 4: „Das Handelsgericht hat die Beteiligten zur Anmeldung dieser Thatsachen von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten." Dass zu denselben aber auch der Kommanditist gehört, ist zweifellos.

Ist die Eintragung dieser Thatsachen nicht erfolgt, so bestehen dritten gegenüber die bekannten Registerpräsumptionen, welche noch ausdrücklich durch Art. 129 Abs. 5 auf die Auflösung und das Ausscheiden von Handelsgesellschaftern ausgedehnt sind. Demnach gilt für das Verhältnis nach innen die Kommanditgesellschaft als aufgelöst, und der Kommanditist als ausgeschieden, aber nach aussen im Verhältnis zu dritten gilt das registrierte oder sonst kund gewordene Verhältnis als fortbestehend. Die Folge wäre daher, der Kommanditist haftet seinen gutgläubigen Gläubigern in Höhe der ursprünglichen Einlage, dem bösgläubigen jedoch nur in Höhe der verminderten Einlage.[1])

Die Folge der Auflösung der Kommanditgesellschaft ist die Liquidation. Hier steht der Kommanditist völlig dem Komplementar gleich. Auch er gehört zu den Liquidatoren der Gesellschaft. Dies ergiebt sich aus Art. 133, welcher sämtliche bisherigen Gesellschafter zur Liquidation ermächtigt. Auch zu einem Beschluss, welcher dieselbe

[1]) so Staub, Art. 171, § 5.

einzelnen Gesellschaftern überträgt, ist seine Zustimmung nötig, ebenso zu einem Beschluss zur Abberufung derselben, desgleichen treffen ihn Ordnungsstrafen, welche verhängt werden zur Befolgung der Vorschriften über die Eintragung der Liquidatoren. Kurz er steht in allen weiteren Bestimmungen völlig dem offenen Gesellschafter gleich. Er kann daher auch zum alleinigen Liquidator bestellt werden, sei es durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag oder durch richterliche Anordnung. Seine Haftung aus den Geschäften, welche er unter der Liquidationsfirma abschliesst, bleibt hierbei dieselbe, wie bei Bestehen der Gesellschaft, also eine Solidarhaft, welche in der Höhe beschränkt ist. Er darf indessen nur solche neuen Geschäfte eingehen, welche zur Beendigung schwebender Geschäfte nötig sind. Schliesst er trotz des Verbotes neue Geschäfte ab, so wird er aus denselben unbeschränkt verhaftet.

Litteraturübersicht.

von Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1894 4. Auflage.
Staub do. 1895
Puchelt-Förtsch do. 1894
Makower do. 1890
Gareis und Fuchsberger do. 1891
Anschütz und Völderndorff do. 1868
Goldschmidt, de societate en commantite.
Renaud, das Recht der Kommanditgesellschaft.
Wendt, das Recht der Kommanditgesellschaft in Endemanns Handbuch 1881 I. S. 418.
Schoen, Vergleichende Darstellung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft. 1889.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I 1887.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 3. Aufl. 1895.
Wach, Handbuch des Civilprocesses.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft 4. Aufl.
Schulze, Zur Auslegung des Art. 122 H. G. B. in Gruchot Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 31 S. 767.
Dernburg, Pandekten. 1892.
„ Preussisches Privatrecht.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886.
Thöl, Handelsrecht 1879, 6. Aufl.
Nürnberger Protokolle.
Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- u. Handelsrecht.
Canstein, Sind Handelsgesellschafter Kaufleute in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 20, S. 84.
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30.